UNIVERSITÉ DE POITIERS
FACULTÉ DE DROIT

DES BIENS

SUSCEPTIBLES D'HYPOTHÈQUE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le 1er Juin 1898
à 3 heures, dans la salle des actes publics de la Faculté

PAR

Léon ROBAIN

Avocat près la Cour d'Appel de Poitiers

POITIERS
SOCIÉTÉ FRANÇAISE D'IMPRIMERIE ET DE LIBRAIRIE
TYPOGRAPHIE OUDIN ET Cie
4, RUE DE L'ÉPERON, 4

1898

DES BIENS

SUSCEPTIBLES D'HYPOTHÈQUE

UNIVERSITÉ DE POITIERS

FACULTÉ DE DROIT

MM. LE COURTOIS (✻, I ⚙), Doyen, Professeur de Droit civil.
DUCROCQ (O. ✻, I ⚙), Doyen honoraire, Professeur honoraire, Professeur à la Faculté de Droit de Paris, Correspondant de l'Institut.
THÉZARD (I ⚙), Doyen honoraire, Professeur de Droit civil, Sénateur.
ARNAULT DE LA MÉNARDIÈRE (I ⚙), Professeur de Droit civil.
NORMAND (I ⚙), Professeur de Droit criminel, assesseur du Doyen.
PARENTEAU-DUBEUGNON (I ⚙), Professeur de Procédure civile.
ARTHUYS (I ⚙), Professeur de Droit commercial et chargé du Cours de Droit maritime.
BONNET (I ⚙), Professeur de Droit romain, chargé du Cours de Pandectes (Doctorat).
PETIT (I ⚙), Professeur de Droit romain, chargé du Cours de Science et Législation financières.
BARRILLEAU (I ⚙), Professeur de Droit administratif et chargé d'un Cours de Droit administratif pour le Doctorat.
N... Professeur d'Economie politique.
SURVILLE (I ⚙), Professeur de Droit international public et privé, et chargé d'un Cours de Droit civil.
PRÉVOT-LEYGONIE (A. ⚙), Professeur d'Histoire du Droit public (Doctorat), de Principes du Droit public et Droit constitutionnel comparé (Doctorat), chargé du Cours de Droit International public (2e année).
MICHON, Professeur adjoint, chargé du Cours d'Histoire générale du Droit français et Eléments du Droit constitutionnel (1re année), et du Cours d'Histoire du Droit (Doctorat).
CHÉNEAUX, Agrégé, chargé des Cours d'Economie politique (Doctorat), d'Histoire des Doctrines économiques et de Législation et Economie rurales.
GIRAULT (A. ⚙), Agrégé, chargé du Cours d'Economie politique et du Cours de Législation et Economie coloniales.
ROCHE (I ⚙), Secrétaire.
COULON (I ⚙), Secrétaire honoraire.

COMMISSION

Président : M. PRÉVOT-LEYGONIE.

Suffragants : { MM. ARTHUYS.
CHÉNEAUX, *agrégé*.

UNIVERSITÉ DE POITIERS
FACULTÉ DE DROIT

DES BIENS

SUSCEPTIBLES D'HYPOTHÈQUE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le 1er Juin 1898
à 3 heures, dans la salle des actes publics de la Faculté

PAR
Léon ROBAIN
Avocat près la Cour d'Appel de Poitiers

POITIERS
SOCIÉTÉ FRANÇAISE D'IMPRIMERIE ET DE LIBRAIRIE
TYPOGRAPHIE OUDIN ET Cie
4, RUE DE L'ÉPERON, 4

1898

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547313_0025

BIBLIOGRAPHIE

Accarias. — Droit romain.
Aubry et Rau. — Cours de Code civil français.
D'Argentré. — Coutume de Bretagne.
Aucoc. — De l'hypothèque sur les chemins de fer.
Aulanier. — Traité du domaine congéable.
Bacquet. — Des droits de justice.
Basnage. — Traité des hypothèques.
Battur. — De la communauté.
Baudry-Lacantinerie. — Traité théorique et pratique de droit civil.
Beudant. — Subrogation aux droits d'hypothèque et des sous-ordres.
Bouchereul. — Commentaire sur la Coutume du Poitou.
Boutaric. — Des droits seigneuriaux.
Bressolles. — Exposé des règles sur la Transcription.
Carré. — Etude des lois relatives aux domaines congéables.
Du Chatellier.— De quelques modes de la propriété en Bretagne.
Coquille. — Institutes du droit français.
Dalloz. — Jurisprudence générale.
Dareste. — Les inscriptions hypothécaires en Grèce.
Delbecque. — Traité de la législation des mines, minières, en France et en Belgique.
Demolombe. — Cours de Code civil.
Duranton. — Cours de droit français suivant le Code civil.
Ducrocq. — Cours de droit administratif.
Dumay. — Etude sur les concessions de chemins de fer.
Dumoulin. — Coutume de Paris.
Duvergier. — Du louage.
Esmein. — Les contrats dans le très ancien droit français.
Ferrière. — Corps de tous les commentateurs sur la coutume de Paris. — Glose sur la coutume de Paris.

Fenet. — Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil.
Flandin. — De la Transcription hypothécaire.
Garsonnet. — Traité théorique et pratique de procédure. — Histoire des locations perpétuelles et de baux à longue durée.
Grenier. — Traité des hypothèques.
Guillouard. — Traité des privilèges et hypothèques. — Traité du louage.
Paul Henry. — La loi bretonne du 23 novembre 1896.
Journal officiel.
Laurin. — Droit maritime.
Laurent. — Cours de droit civil français.
Lefort. — Histoire des contrats de location perpétuelle.
Loyseau. — Traité du déguerpissement. — Traité des offices.
Lyon-Caen et Renault. — Précis de droit commercial.
Locré. — La législation civile, commerciale et criminelle de la France.
Mallet. — L'hypothèque maritime au point de vue théorique et pratique.
Martou. — Des privilèges et hypothèques.
Merlin. — Répertoire.
Mourlon. — De la Transcription.
Le Moniteur.
Pellat. — Du droit de propriété.
Pepin-Lehalleur. — Histoire de l'Emphytéose.
Persil. — Les privilèges des hypothèques.
Pigeau. — Procédure civile.
Pont. — Des privilèges et hypothèques.
Pothier. — Traité des personnes et des choses. — Du louage. — Procédure civile. — Coutume d'Orléans.
Proudhon. — Du domaine privé.
Sirey. — Lois annotées. — Recueil général des lois et arrêts.
Tarrible. — Répertoire de jurisprudence.
Taudière. — Rapport sur la question des vignes à complant (*Bulletin des Agriculteurs de France*, 1er mars 1898).
Thézard. — Du nantissement, des privilèges et hypothèques.
Toullier. — Le droit civil français.
Valette. — Les privilèges et hypothèques.

INTRODUCTION

Partout et toujours, le législateur s'est préoccupé d'assurer l'exécution des engagements pris par un débiteur envers son créancier. De bonne heure il a compris, comme l'a dit Loyseau, que « pour la défiance des personnes, il fallait faire obliger les choses (1). »

En Grèce, dès l'origine, il lui permet d'affecter certains biens, d'une manière spéciale, au paiement de sa dette. Pour ce faire, il lui donne la vente à réméré, « qui est la plus ancienne forme de l'engagement des immeubles, en même temps que la plus énergique (2). » Ce système dépossédait le débiteur ; aussi fut-il aboli, et remplacé par l'hypothèque.

Les inscriptions gravées sur les bornes, ou ὅροι, qu'on plantait habituellement, dans l'Attique, sur les

(1) Loyseau : *Traité du deguerpissement*, liv. III, chap. I, n. 2.

(2) *Nouvelle Revue historique du droit français*, 1885 ; Dareste : *les Inscriptions hypothécaires en Grèce.*

biens hypothéqués, nous indiquent que l'hypothèque pouvait grever indistinctement tous les biens du débiteur, meubles ou immeubles. Ces inscriptions révèlent en effet l'existence de l'hypothèque, tantôt sur un domaine rural, tantôt sur un domaine urbain, tantôt sur un atelier et sur tous les esclaves qui sont attachés à son exploitation. Certaines même nous apprennent que l'hypothèque pouvait frapper les biens publics, car une ville en contractant un emprunt affectait tous les biens publics à la garantie de sa dette. Dans le cas où le créancier jugeait cette sûreté insuffisante, on concédait en plus une hypothèque sur tous les biens meubles et immeubles des particuliers, citoyens ou habitants (1).

Du droit de la Grèce, l'hypothèque passa dans le droit romain. Vers la fin de la République, elle y est complètement établie et sanctionnée par le préteur. Au début, elle ne fut employée que dans un cas spécial et ne put frapper que les meubles. Introduite en effet en faveur du bailleur d'un fonds rural, elle affectait spécialement au paiement des fermages tout le matériel d'exploitation du colon. Au moyen de l'interdit salvien le bailleur, s'il n'était pas payé, obtenait la possession

(1) Esmein : *Compte rendu critique* : droit grec : *Nouvelle Revue historique du droit français*, 1894, p. 403.

des biens engagés. Puis une action *in rem*, appelée action servienne, lui fut donnée. Par l'exercice de cette action, il put faire valoir contre tous, à défaut de paiement à l'échéance, un véritable droit réel sur tous les biens affectés au paiement de ses fermages. Les préteurs généralisèrent cette disposition ; dès lors, quelle que fût la nature de la créance, tout débiteur put concéder à son créancier une sûreté réelle sur ses biens, sans en perdre la propriété ni même la possession.

Désormais, l'hypothèque existe à Rome ; l'action quasi-servienne ou hypothécaire en est la sanction. Elle peut frapper, sans distinction aucune, tous les biens du débiteur, peu importe que ce fussent des meubles ou des immeubles. Pour qu'un bien soit susceptible d'hypothèque, il suffit qu'il soit aliénable. Ce principe, reconnu par le droit romain, découle de la nature même de l'hypothèque : aussi devait-il, se perpétuant à travers les âges, parvenir jusqu'à nous. L'article 2118 du Code civil exige, en effet, qu'un bien soit dans le commerce pour être susceptible d'hypothèque.

A Rome, les choses corporelles, mobilières ou immobilières, de même que les choses incorporelles, peuvent servir d'assiette à l'hypothèque. Dès lors, tout propriétaire peut hypothéquer sa chose, soit pour la pleine propriété, soit pour un démembrement quelconque de

cette propriété. Un droit de superficie, un droit d'usufruit, peuvent être grevés d'hypothèque, tout aussi bien qu'un immeuble urbain ou rural. De même, une créance peut être hypothéquée par son titulaire, — c'est le *pignus nominis*, — tout aussi bien que l'hypothèque elle-même qui garantit cette créance, — c'est le *pignus pignoris* (1).

Peu à peu, le système hypothécaire du droit romain s'introduisit en Gaule ; au début, il trouva un obstacle à son développement dans une pratique importée par les peuplades germaniques. Sous l'empire de la loi salique, les meubles du débiteur seuls peuvent être le gage des créanciers; ses immeubles sont insaisissables.

C'est là une règle absolue, à laquelle on ne peut déroger sous aucun prétexte. La propriété foncière était inaliénable, en raison de sa haute, importance sociale et politique, car elle seule conférait à l'homme libre la plénitude de ses droits.

Lorsqu'on admit l'aliénation volontaire du sol, on admit en même temps la possibilité d'affecter un immeuble déterminé à la sûreté d'une créance (2). Au moyen du mort-gage et du vif-gage, le débiteur put assurer à son créancier le paiement de sa dette en lui

(1) Petit : *Traité élémentaire de Droit romain*, p. 244 et suiv.
(2) Esmein : *les Contrats dans notre très ancien droit français*.

abandonnant jusqu'à l'échéance la libre possession et jouissance d'un immeuble. « Mais par la succession des temps, nous apprend Loyseau, on trouva que c'était une grande incommodité que le propriétaire se dessaisît à tout propos de ses héritages, attendu la perte qu'il faisait pendant qu'ils étaient recueillis et gouvernés par autrui. C'est pourquoi on commença petit à petit, au lieu de bailler actuellement les héritages en gage et nantissement, de promettre simplement de les bailler et délaisser toutes fois et quantes au créancier, en défaut de paiement ; de sorte qu'on les obligeait à la dette par une simple convention, et le débiteur en demeurait toujours saisi (1). »

Du même coup l'hypothèque est introduite dans notre droit coutumier. En Gaule comme à Rome, elle ne peut frapper au début que les meubles. Dans la suite, elle se rapprocha de l'hypothèque romaine, et put alors grever indistinctement meubles et immeubles. Les inconvénients que présentait l'hypothèque des meubles devaient la faire disparaître. Certaines coutumes, n'osant s'affranchir complètement de la tradition romaine, reconnurent son existence, mais lui refusèrent le droit de suite. D'autres, et c'est la majorité, déclarèrent que « meubles n'ont

(1) Loyseau, *Traité du Déguerpissement*, liv. III, ch. I, n. 3.

pas de suite par hypothèque ». Sous l'empire du droit coutumier, les immeubles et même les meubles dans quelques contrées pouvaient donc être grevés d'hypothèque. De nos jours, il n'en peut être ainsi ; avec le Code civil s'est introduite, en France, l'unité de la législation. S'inspirant des règles du droit romain et du droit coutumier, le législateur reconnaît au profit du créancier un droit de gage général sur tous les biens de son débiteur. Il permet en outre à ce dernier de grever d'hypothèque une certaine catégorie de ses biens, pour les affecter spécialement au paiement de sa dette. Rechercher quels sont précisément les biens susceptibles d'hypothèque fera l'objet de notre étude.

Nous verrons, dans un chapitre premier, quels immeubles sont susceptibles d'hypothèque. Dans un chapitre deuxième, nous traiterons de l'hypothèque des propriétaires superficiaires. Nous étudierons en outre, dans un chapitre troisième, l'hypothèque du droit de jouissance sur la chose d'autrui. Enfin, pour compléter notre étude, nous rechercherons, dans le chapitre quatrième, quel sens il convient de donner à la maxime : « Meubles n'ont point de suite par hypothèque ».

DES BIENS

SUSCEPTIBLES D'HYPOTHÈQUE

CHAPITRE I

IMMEUBLES SUSCEPTIBLES D'HYPOTHÈQUE.

§ I

L'article 2118 du Code civil nous dit :

« Seuls sont susceptibles d'hypothèque :

« 1° Les biens immobiliers qui sont dans le commerce et leurs accessoires réputés immeubles;

« 2° L'usufruit des mêmes biens et accessoires pendant le temps de sa durée. »

Pour qu'un bien soit susceptible d'hypothèque, il faut donc :

1° Qu'il soit compris dans l'énumération toute limitative de notre article, car, dit-il : « *seuls* sont susceptibles d'hypothèque... »

2° Qu'il soit « dans le commerce ». L'hypothèque, ayant pour but d'assurer au créancier un droit de préférence sur le prix de l'immeuble hypothéqué, peut conduire à la vente ; de là découle pour cet immeuble la nécessité absolue d'être dans le commerce. Soucieux de sauvegarder à la fois les intérêts du créancier et du débiteur, le législateur déclare que cette aliénation doit pouvoir être faite par voie d'expropriation forcée, aux enchères publiques. Aussi, dans les articles 2118 et 2204 du Code civil, désigne-t-il par des termes identiques les biens susceptibles d'hypothèque et ceux qui peuvent être soumis à l'expropriation forcée. L'aliénabilité de l'immeuble, et la possibilité pour le créancier d'en réaliser l'aliénation par la voie d'une saisie immobilière, sont donc les deux conditions qui paraissent résulter de la combinaison des articles 2118 et 2204 (1). Toutefois, observons qu'il serait excessif d'aller jusqu'à prétendre que le droit de saisie se trouve implicitement compris dans l'hypothèque ; il résulte directement du droit de créance lui-même (2).

Par suite sont insusceptibles d'hypothèque :

Les biens qui composent le domaine public de l'Etat, du département et des communes. Les énu-

(1) Agen, 18 juillet 1892. S. 1894, 2, 1.
(2) Note sous même arrêt.

mérer serait ici sans intérêt; il nous suffit de citer à titre d'exemple : les voies publiques, les routes, les rues, les places, les promenades appartenant à l'Etat, aux départements ou aux communes. Nul ne peut acquérir ces biens, ni même exercer sur eux un droit quelconque de démembrement de la propriété, car le domaine public est inaliénable (1). Cependant, à titre de concessions temporaires, l'Etat autorise parfois la création de certains établissements sur les dépendances de son domaine public : ces établissements sont-ils susceptibles d'hypothèque ? La question paraît se ramener à une question d'inaliénabilité. Elle a été soulevée dans la pratique à propos d'une affaire déférée à la Cour de Caen. Il s'agissait d'une pêcherie vendue par le mari concessionnaire sur laquelle sa veuve émettait la prétention d'invoquer son hypothèque légale en garantie de ses reprises. On lui objecta que le rivage de la mer, partie du domaine public de l'Etat, étant inaliénable, nul n'y pouvait exercer un droit de propriété foncière. La concession, accordée par le gouvernement, ne confère au preneur qu'un droit de jouissance personnel et par là même insusceptible d'hypothèque. Tel n'est pas cependant l'avis généralement admis ; on s'accorde à reconnaître au concessionnaire un droit réel immo-

(1) Cass., 26 octobre 1896. S. 1897, 1, 447.

bilier (1). Alors même qu'il en serait ainsi, nous lui refuserions la possibilité de l'hypothéquer, car nous sommes en présence d'un bien inaliénable.

En raison de leur inaliénabilité, le législateur a dû encore, de son énumération toute limitative des biens susceptibles d'hypothèque, exclure les droits d'usage et d'habitation, les actions immobilières, les servitudes prédiales considérées en elles-mêmes, abstraction faite du fonds auquel elles appartiennent.

Droits d'usage et d'habitation. — Sans doute les droits d'usage et d'habitation constituent de véritables droits réels; mais étant mesurés sur les besoins de ceux qui les exercent, ils varient comme ces besoins et par suite ne peuvent être vendus « sans être altérés dans leur essence même » (2). Placés hors du commerce par la force des choses, ces droits ne peuvent être hypothéqués, aussi est-il tout naturel que les articles 631 et 634 du Code civil les déclarent incessibles et insaisissables.

Actions immobilières. — Il en est de même des actions immobilières, bien que l'article 526 du Code

(1) Caen, 3 août 1824. D. 1826, 2, 124.

(2) M. Thézard : *Privilèges et hypothèques*, p. 66. Aubry et Rau, III, p. 126, § 529. Laurent, XXX, n° 213. Colmet de Santerre, IX, n. 78 bis. Guillouard : *Traité des privilèges et hypothèques*, II, p. 189, n. 673.

civil les déclare immeubles par l'objet auquel elles s'appliquent. Remarquons d'ailleurs qu'il importe peu au créancier de ne pouvoir prendre hypothèque sur les actions qui appartiennent à son débiteur, puisqu'en vertu de l'article 1166 il peut exercer tous les droits et actions de ce débiteur. De plus, si l'action immobilière n'est pas susceptible en elle-même d'être hypothéquée, on peut — et le résultat sera identique, — hypothéquer directement l'immeuble auquel elle se réfère. La validité de l'hypothèque, dans ce cas, dépendra de l'issue de l'action. Mais, objectera-t-on, l'article 2129 du Code civil ne reconnaît au débiteur que le droit d'hypothéquer les immeubles lui appartenant actuellement. Soit ; mais une chose n'est-elle pas censée nous appartenir, lorsqu'à son sujet nous avons une action susceptible de faire reconnaître notre droit de propriété ; ne sommes-nous pas réputés n'avoir jamais cessé d'en être propriétaire si nous triomphons en justice ? Ainsi un tiers possède un immeuble qui m'appartient ; cette usurpation de sa part ne me dépouille pas de mon droit, le juge, en me donnant gain de cause, décidera que je n'ai jamais cessé d'être propriétaire ; les jugements ne font que confirmer les droits des parties, ils ne leur en attribuent aucun. Par suite, cet immeuble que j'aurai hypothéqué, le sera valablement, car il m'appartenait bien lors de la constitu-

tion d'hypothèque. Ce que nous disons de l'action en revendication s'applique également à l'action en rescision ou en nullité ayant pour objet un immeuble. Sans doute, ce sera là une garantie bien incertaine, car son sort est intimement lié à celui du procès ; mais le créancier serait mal venu de s'en plaindre ; il lui était facile de s'enquérir de la nature et de l'étendue des droits de son débiteur avant de contracter avec lui. Ce qui ne peut être hypothéqué, c'est l'action elle-même considérée *in abstracto* (1).

Certains auteurs (2) cependant considèrent les actions comme susceptibles d'hypothèque; d'après eux l'article 2118 du Code civil dans l'expression « biens immobiliers » englobe les actions immobilières, puisque l'article 526 C. c. les déclare immeubles. Cet argument tiré de l'article 2118 trouve sa réfutation dans la rédaction même de cet article. Sans aucun doute, le législateur y a tenu compte des trois catégories d'immeubles qu'il a mentionnées dans les articles 518, 524 et 526 du Code civil, mais il a bien eu soin de les classer en deux paragraphes distincts. Or le second paragraphe seul a trait aux immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent. Mais si nous rappro-

(1) Colmet de Santerre, IX, n. 78 bis, IV ; Laurent, XXX, n. 219 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, n. 944 ; Guillouard, II, n. 674.

(2) Pigeau, *Pro. civ.*, 2e édit., p. 207 ; Duranton, t. XVI, n. 409, et XXI, n. 7

chons son énumération, qui, nous le savons, est limitative de celle faite par l'article 526, nous constatons que par prétérition les servitudes ou services fonciers et les actions sont exclues. De plus, si nous recherchons la nature des actions, nous constatons que ce sont des droits réels incorporels qui n'ont aucune assiette fixe; prendre une inscription les grevant légalement serait donc impossible. Comment pourrait-on se conformer aux prescriptions de l'article 2148, § 5 du Code civil, qui exige que dans son bordereau d'inscription, le créancier indique « l'espèce et la situation des biens sur lesquels il entend conserver son privilège et son hypothèque » ? Une action même immobilière, même aliénable, « ne sau-
« rait être, comme l'a dit avec raison la Faculté de
« droit de Caen dans l'enquête de 1841, une base so-
« lide pour l'hypothèque. L'hypothèque conduit à
« l'expropriation, et comment trouver des adjudica-
« taires qui offrent le juste prix d'un droit litigieux ?
« L'action est cessible, elle peut s'éteindre par une
« transaction, et comment le cessionnaire, comment
« le détenteur qui transigerait, purgerait-il les hypo-
« thèques ? Comment les créanciers exerceront-ils
« le droit de surenchère ? »

Certes, il y a là des difficultés et des impossibilités dont l'existence donne raison, indépendamment des textes, au système que nous avons adopté et qui

a prévalu dans la doctrine et dans la jurisprudence.

Servitudes. — En dehors de son énumération, l'article 2118 laisse encore les servitudes ; ne peuvent-elles donc pas être hypothéquées ?

A Rome, cette question était controversée ; certains interprètes, se basant sur les lois 11 § final et 221 de pignorib. et hypothec., avaient fait une distinction entre les servitudes établies qu'ils appelaient *formales* et les servitudes non encore établies qu'ils qualifiaient de *causales.* Que les servitudes formales soient rustiques ou qu'elles soient urbaines, peu leur importe, ils n'admettent en aucun cas qu'elles puissent servir de base à l'hypothèque. S'agit-il de servitudes causales, tout autre est leur décision ; prenant en considération leur nature, ils déclarent que toutes les servitudes rustiques peuvent servir de gage hypothécaire, que les servitudes urbaines au contraire ne le peuvent pas.

Quelles raisons les interprètes donnent-ils de cette différence ?

Pour justifier la règle interdisant l'hypothèque des servitudes formelles ou déjà établies, ils remarquent que ces servitudes ne sont une partie du fonds dominant qu'à titre d'accessoire, que leur utilité n'existe que pour le propriétaire du fonds dominant,

qu'il y a donc impossibilité de les vendre ou de les aliéner séparément.

S'agit-il au contraire d'une servitude à créer, le propriétaire du fonds servant peut l'établir dans l'intérêt de son débiteur, à condition toutefois que ce soit une servitude rustique. Il peut lui accorder, par exemple, le droit de passage sur son champ, le droit de puiser à sa fontaine, le droit de faire paître ses bestiaux sur son domaine, jusqu'à ce qu'il le désintéresse du montant total de sa créance. Or, le concessionnaire de ce droit pourra l'hypothéquer. En cela, les interprètes ne dérogent pas au principe, c'est du moins l'opinion d'Accurse lorsqu'il démontre qu'on peut tirer un profit de ces servitudes dont la plupart consistent en avantages susceptibles de faire l'objet d'une vente. Qu'importe en effet au propriétaire du fonds servant que ce soit telle ou telle personne qui puise de l'eau à sa fontaine, ou qui passe sur son domaine si la servitude n'est pas plus onéreuse (1) ? Telle était la théorie admise par Cujas, Vinnius et Pothier.

D'autres jurisconsultes, sans s'inquiéter de la distinction faite entre les servitudes, déclarent susceptibles d'hypothèque toutes celles qui peuvent être alienées ou remises au propriétaire du fonds servant.

(1) Loi *sed an viæ.* Dig. *de Pign.*

Dans notre droit actuel, hypothéquer une servitude considérée en elle-même, abstraction faite du fonds auquel elle appartient, est chose impossible. Cela résulte de l'article 637 du Code civil, qui définit la servitude une charge imposée sur le fonds pour l'usage ou l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire. Cette définition indique clairement qu'on ne peut vendre une servitude aux enchères : combien de personnes auraient intérêt à l'acquérir, et combien se présenteraient à l'adjudication ? Remarquons toutefois qu'une servitude peut être grevée accessoirement d'hypothèque ; cela a lieu lorsqu'une hypothèque porte sur le fonds au profit duquel existe cette servitude.

§ II. — *Immeubles par nature.*

En première ligne, sont susceptibles d'hypothèque, aux termes de l'article 2118, « les immeubles par nature et leurs accessoires réputés immeubles. »

Immeubles par nature, que faut-il entendre par là ?

Les articles 518, 519, 520, 521 et 522 du Code civil nous l'indiquent ; c'est d'abord tout ce qui ne peut se mouvoir ni être transporté d'un point sur un autre, les fonds de terre ou tréfonds, comme disaient nos

anciens jurisconsultes, c'est-à-dire l'intérieur du sol et tout ce qui le compose.

Au fonds de terre, la loi assimile les bâtiments ; en cela, elle fait revivre la tradition romaine. Sans doute les matériaux qui ont servi à la construction des bâtiments, considérés en eux-mêmes, appartiennent à la catégorie des meubles ; mais par le fait de leur incorporation au sol, ils perdent avec leur individualité leur nature primitive, « *extinctæ res* (1) », dit Justinien, et empruntent celle du fonds : « *omne quod solo inædificatur, solo cedit* (2). » Comme lui désormais ils peuvent faire l'objet d'une saisie immobilière, d'une vente aux enchères et par conséquent servir d'assiette à l'hypothèque. Aussi la Cour de cassation (3) déclare-t-elle que tous les objets mobiliers deviennent par le fait même de leur incorporation immeubles par nature, sans qu'il y ait besoin de rechercher si l'incorporation a été faite par le propriétaire ou par un simple possesseur à titre précaire.

Peut-on déclarer que tous les bâtiments sans distinction aucune sont susceptibles d'hypothèque ?

Non, il en existe une catégorie à laquelle on ne peut donner la qualification d'immeuble proprement

(1) *Inst. de rer. div.* § 26.

(2) *Inst. de rer. div.* § 29

(3) Cass., 18 juin 1891. S. 1891, 1, 488. Cass., 19 juillet 1893. S. 1894, 1, 241.

dit ; elle renferme tous les bâtiments qui n'ont pas avec le sol une adhérence parfaite, telles sont par exemple les baraques des marchands forains, les cabines construites sur les plages pour les baigneurs, et plus généralement toutes les usines fixées par des piliers, article 531 Code civil. Pour qu'un bâtiment soit immeuble, il faut qu'il soit lié au sol par une accession réelle : telle était la règle en droit romain, telle est encore celle du Code civil.

C'est en vertu de ce principe que l'article 519 du Code civil déclare immeubles par leur nature les moulins à vent ou à eau fixés sur piliers et faisant partie du bâtiment. De même la jurisprudence déclare immeubles par nature tous les objets mobiliers faisant partie intégrante et constitutive d'un moulin, tels que moulants, mouvants et virants (1).

L'article 520 du Code civil dit que sont pareillement immeubles les récoltes pendantes par les racines et les fruits des arbres non encore recueillis. Comme le fonds qui les produit, les fruits et récoltes peuvent donc être hypothéqués ; c'est ce que déclarait la loi du 9 messidor an III en disant que l'hypothèque « porterait sur la propriété des biens territoriaux, ensemble sur celle des fruits non recueillis et des bois non coupés ».

(1) Cass., 12 mai 1834, S. 1834, 1, 489. Cass , 19 juillet 1893, S. 1894, 1, 241. V. Duvergier, t. III, n. 11. Laurent, t V, n. 412.

Pour ce faire, les fruits et récoltes doivent être attachés au sol qui les produit ; leur immobilisation résultant de cette inhérence réelle. C'est là d'ailleurs une règle fort rationnelle, et d'une application bien plus facile que celle admise dans certaines coutumes de notre ancien droit, qui considéraient les fruits comme meubles dès l'époque de leur maturité. Ce système dans la pratique soulevait de grosses difficultés ; quelques coutumes, pour y obvier, fixèrent d'une manière précise cette époque. « Il y a des coutumes, dit Pothier, qui réputent meubles les foins à la mi-mai, les blés à la Saint-Jean et les raisins au mois de septembre (1). » De plus, les fruits et récoltes ne peuvent être hypothéqués qu'accessoirement, bien qu'on puisse les vendre et les saisir séparément du fonds. Un débiteur ne saurait en effet donner à son créancier une hypothèque grevant seulement les récoltes existant sur sa propriété ; le laisser agir ainsi serait l'autoriser à concéder une garantie illusoire qu'il pourrait faire disparaître à son gré en faisant cesser par la vente l'immobilisation de ses récoltes ; mais s'il donne une inscription hypothécaire sur son domaine, cette inscription frappe le domaine lui-même et de plus toutes les récoltes qui s'y trouvent et qui n'ont pas encore été recueillies. Ces ré-

(1) Pothier : *Traité des personnes et des choses*, n. 241.

coltes, objectera-t-on, étant devenues le gage des créanciers hypothécaires, le propriétaire ne pourra pas les vendre, ou s'il les vend, en vertu du droit de suite ne resteront-elles pas grevées de l'hypothèque ? Il n'en est rien, vendre des récoltes ne constitue de la part d'un propriétaire qu'un acte d'administration Or, aucun texte de loi n'enlève au propriétaire l'administration d'un bien qu'il a hypothéqué. Il peut vendre ses fruits. et ses récoltes, et cette vente produisant ses effets ordinaires, fera cesser leur immobilisation, et les soustraira par suite à l'hypothèque, qui les avait atteints en même temps que le fonds (1). C'est là un résultat dont le créancier ne pourra se plaindre, n'ayant jamais eu la pensée que son débiteur, au moment où il lui concédait une garantie hypothécaire, eût abdiqué son droit d'administration (2).

Cette règle est absolue; cependant il y a un événement qui enlève au propriétaire le droit de disposer des fruits au préjudice des créanciers hypothécaires; c'est la transcription du procès-verbal de la saisie de l'immeuble, art. 682 C. pr. civ. Cette transcription du procès-verbal de saisie immobilise tous les fruits, au profit des créanciers hypothécaires (3), et cela

(1) Aubry et Rau, t. II, p. 11, n. 29. Demolombe, IX, 187.
(2) Dijon, 6 juillet 1883. S. 1884, 2, 44.
(3) Pau, 2 décembre 1890, S. 1892, 2, 177.

jusqu'à l'adjudication de l'immeuble (1) seulement, car désormais les droits des créanciers se reportent sur le prix de l'immeuble et ses intérêts. (Art. 717 C. pr. civ.)

Si le propriétaire d'un immeuble hypothéqué peut vendre, hormis le cas de saisie, les fruits proprement dits, c'est-à-dire tout ce qui se reproduit périodiquement, peut-il vendre les produits qui font en quelque sorte partie inhérente du sol hypothéqué? Peut-il aliéner, par exemple, pour être coupées, des futaies non aménagées qui n'ont pas le véritable caractère de fruits, mais sont plutôt un capital mis en réserve par un propriétaire prévoyant pour faire face aux besoins qui pourront lui subvenir? C'est ainsi d'ailleurs que les considère le Code civil, puisqu'il en refuse la libre disposition à l'usufruitier, tout comme s'il s'agissait de capitaux ou d'immeubles proprement dits.

Certains auteurs prétendent que cette vente ne constitue pour le propriétaire qu'un acte d'administration, opposable dès lors à son créancier hypothécaire, puisque toutes espèces de bois sont de leur nature destinées à être coupées tôt ou tard (2).

Nous ne croyons cependant pas cette solution

(1) Cass., 30 juin 1890. S. 1891, 1, 499. V. Garsonnet : *Traité théorique et pratique de procédure*, t. IV, p. 97, § 663.

(2) Troplong, II, 404 ; III, 834.

exacte; les créanciers hypothécaires peuvent, il nous semble, s'opposer à l'exécution de la vente bien qu'elle ait été faite au profit d'un acquéreur de bonne foi, et comprendre dans la saisie immobilière la coupe de bois vendue (1). Mais s'ils laissent consommer la vente définitivement par l'abatage des arbres, sans y faire aucune opposition, ils ne seront plus autorisés à suivre les bois abattus entre les mains de l'acquéreur de bonne foi (2).

Alluvion. — L'hypothèque concédée par un débiteur à son créancier sur un immeuble grève non seulement les fruits produits par cet immeuble, mais encore tous les accroissements ou améliorations qui peuvent augmenter sa valeur. C'est ce que déclarent les rédacteurs du Code civil dans l'article 2133; en cela ils se sont inspirés de la tradition romaine (3), et surtout de la loi du 11 brumaire de l'an VII. Cette règle d'extension s'applique sans aucun doute à l'alluvion dont un fonds se trouve augmenté, aux relais formés lorsque l'eau courante s'est insensiblement retirée d'une rive pour se porter sur l'autre ;

(1) Demolombe, IX, 188 à 190 ; Pont, n. 364. Aubry et Rau, III, § 286. Reg. 10 juin 1841. S. 1841, 1, 484. Limoges, 8 décembre 1852, S. 1852, 2, 687.

(2) Cass., 9 août 1825. S. 1826, 1, 133.

(3) L. 1, 16 et 18 § 1. *De Pign. et Hyp.*

dans ces deux cas les articles 556 et 557 déclarent que l'accroissement profite au propriétaire riverain dont le fonds est accru ; il devra donc encore profiter aux créanciers hypothécaires inscrits sur cet immeuble. Mais le cas d'accession prévu par l'article 559 présente plus de difficultés. Il suppose qu'un fleuve entraîne dans sa course une partie considérable et reconnaissable d'un champ riverain et la porte vers un champ inférieur ou sur une rive opposée. Dans ce cas, et en admettant que l'accession soit complète, c'est-à-dire que le propriétaire du champ accru soit entré en possession de cet accru, et que le précédent propriétaire ait laissé expirer le délai d'un an sans la réclamer, notre règle d'extension s'appliquera-t-elle ?

Certains auteurs (1) refusent de voir là une accession véritable ; ils prétendent qu'il y a une acquisition nouvelle tout à fait distincte du fonds auquel elle s'est juxtaposée plutôt qu'incorporée, que par conséquent elle ne profite pas à l'hypothèque dont ce fonds est grevé.

Nous ne croyons pas cette opinion exacte. Pour nous convaincre, reportons-nous aux observations présentées lors de la discussion du Code civil ;

(1) Mourlon : *Rép. écrit*, t. III, p. 478. *Battur de la commun.*, t. I, n. 220.

Tronchet dit : « les accroissements produits par l'effet de l'alluvion sont insensibles et deviennent ainsi des parties du même fonds. Il n'y a donc point de doute qu'ils ne supportent l'hypothèque. Mais il n'en serait pas de même si l'augmentation, produite par un événement extraordinaire, ajoutait à la fois à l'héritage une étendue assez considérable de terre pour qu'on dût la considérer comme un fonds nouveau et distinct du premier. » Tronchet ajoute en outre que « diverses dispositions du Code civil déterminent ce qu'il faut considérer comme des accessoires de la chose principale ; que ces accessoires s'identifient avec la chose, deviennent ainsi passibles de toutes les charges dont elle est grevée (1). » L'article fut adopté, mais, remarquons-le bien, il ne le fut qu'en raison de l'interprétation donnée par Tronchet. Or notre cas d'accession est bien un de ceux dont s'occupe le Code civil ; il y a là une incorporation définitive, qui ne permet plus de distinguer la portion réunie de la propriété première, ni d'en opérer la séparation ; par suite elle profite à l'hypothèque dont le fonds est grevé. Nous donnons la même solution pour des motifs identiques, dans le cas où une île ou un îlot se forme dans le lit d'un fleuve ou

(1) Locré : *Législ. civ.*, t. XVI, p. 255. Fenet : *Travaux préparatoires*, t. XV, p. 361.

d'une rivière non navigable et non flottable, de même que dans celui où un fleuve ou une rivière navigable flottable ou non abandonne son lit (1) pour suivre un nouveau cours.

Améliorations.—Cette règle d'extension s'applique encore aux améliorations faites par le propriétaire ou le tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué, telles que rachat d'une servitude grevant l'immeuble, surélévation des bâtiments, plantation d'une pépinière dans un terrain stérile. Une controverse s'est élevée sur le point de savoir s'il fallait considérer comme une amélioration, les constructions nouvelles, édifiées sur un terrain nu. Certains auteurs (2) déclarent que ce n'est pas là une amélioration mais bien une création, complètement indépendante de ce qui existait originairement, et dès lors totalement étrangère à l'hypothèque déjà constituée. Ainsi l'avait décidé la Cour de Paris dans un arrêt du 6 mars 1834 (3).

En 1841, lors de l'enquête faite auprès des Facultés de droit, relativement à la réforme hypothécaire, la faculté de Grenoble proposa de décider que les constructions élevées sur un fonds hypothéqué, dans l'in-

(1) Laurent, t. XXX, n. 203 et suiv.
(2) Taulier, t. II, p. 315 et 316, t. VII, p. 209.
(3) S. 1834, 2, 308.

térieur des villes et faubourgs, seraient affectées à l'hypothèque du sol, jusqu'à concurrence du quart de leur valeur ; fixée au moyen d'une ventilation, la valeur des trois quarts resterait libre entre les mains du constructeur (1). La Faculté de Grenoble basait sa théorie sur ce qu'il n'existe généralement pas de proportion entre la valeur des constructions et celle du sol ; que de plus le constructeur généralement à la recherche de capitaux, en trouvera beaucoup plus facilement, s'il peut fournir un gage hypothécaire à son créancier.

Ce système, comme le précédent, nous semble en opposition complète avec le principe du droit de propriété. D'après l'article 546 du Code civil, tout ce qui s'unit au sol, soit naturellement, soit artificiellement, en suit le sort. Il faut donc admettre que la disposition de l'article 2133, d'après laquelle l'hypothèque s'étend à toutes les améliorations survenues à l'immeuble hypothéqué, s'applique aux constructions élevées sur cet immeuble, soit par le débiteur, soit par le tiers détenteur (2).

(1) *Documents relatifs au régime hypothécaire*, publiés par ordre de M. Martin, t. III, p. 349.

(2) Bourges, 3 février 1851 ; *Journ. Pal.* 1851, 1, 471 ; Rennes, 16 février 1866. S. 1867, 2, 45. Nancy, 19 février 1881. S. 1882, 2, 161. Cass., 2 août 1886. S. 1886, 1, 417. Cass., 25 avril 1888. S. 1889, 1, 49. Aubry et Rau, t. III, p. 409; Laurent, t. XXX, n. 206. Colmet de Santerre, IX, n. 100 bis. S. 1896, 1, 230.

§ III. — *Immeubles par destination.*

Si, en vertu de l'article 2133, l'hypothèque s'étend à toutes les améliorations survenues au sol, d'après l'article 2118, elle s'étend à tous les accessoires des biens immobiliers réputés immeubles. Notre article fait allusion ici aux immeubles par destination. Ces biens, considérés en eux-mêmes, abstraction faite du fonds auquel ils sont incorporés, ont un caractère mobilier ; ils ne sauraient donc faire l'objet principal et direct de l'hypothèque ; mais accessoirement, sans qu'il soit besoin de stipulation expresse, l'hypothèque consentie sur le fonds auquel ils sont attachés, les atteindra comme le fonds lui-même (1). Il existe en effet une corrélation parfaite, au point de vue de l'hypothèque, entre l'immeuble et ses accessoires réputés immeubles. Voici ce que nous pouvons en conclure : l'immobilisation, par le fait même qu'elle est opérée, profite à l'hypothèque, peu importe qu'elle soit antérieure ou postérieure à la date de l'inscription (2). En second lieu, les objets mobiliers immobilisés sont grevés d'hypothèque pendant la durée seule de leur immobilisation, qui ne peut avoir lieu

(1) Cass., 21 novembre 1894.
(2) Douai, 16 décembre 1866. S. 1888, 2, 115.

que si le propriétaire est à la fois propriétaire du fonds et des meubles à immobiliser (1). Si le propriétaire, libre administrateur de ses biens, sépare les accessoires de la chose principale, il fait cesser la fiction de l'immobilisation, et du même coup disparaître l'hypothèque.

§ IV. — *Immeubles par détermination de la loi.*

Les rentes foncières, avant la promulgation de la loi du 11 brumaire de l'an VII, étaient presque généralement réputées immeubles. Les rentes constituées à prix d'argent n'étaient réputées telles que dans quelques coutumes, et dans le ressort de quelques parlements où s'était établie cette jurisprudence. Les premières seules étaient susceptibles d'hypothèque dans toute la France ; les secondes ne l'étaient que dans les pays où on les considérait comme immeubles. La loi des 18-29 décembre 1790 déclara rachetables toutes les rentes ou redevances perpétuelles ; elle ne leur enleva cependant pas le caractère de droits immobiliers, et comme tels de droits susceptibles d'hypothèque (dans son titre 5 elle leur con-

(1) Cass., 23 avril 1833. S. 1833, 1, 632. Cass., 27 juin 1882. S. 1883, 1, 382. Limoges, 29 juin 1888. S. 1888, 2, 205 et note sous arrêt. Lyon, 10 août 1888. S. 1890, 2, 113.

serve la nature immobilière sous certains rapports, et prescrit au titre 6 des mesures pour la conservation des hypothèques sur ces rentes). Ce caractère leur fut conservé jusqu'à la loi du 11 brumaire de l'an VII, qui, dans son article 7, les mobilisa implicitement, en déclarant qu'elles ne pourraient plus, à l'avenir, être frappées d'hypothèque ; quant aux hypothèques dont se trouvaient frappées les rentes foncières, lors de sa promulgation, elle les laissa subsister. La loi du 22 frimaire an VII consacra d'une façon formelle cette mobilisation ; dès lors le crédit-rentier n'eut plus aucun droit sur le fonds, et les détenteurs des immeubles arrentés, au profit desquels s'est opérée cette transformation, sont devenus débiteurs de ces rentes. L'article 529 du Code civil ne fait que reproduire la législation intermédiaire. Depuis cette époque, les rentes foncières ne sont donc que des créances mobilières, qui ne peuvent être frappées d'hypothèque.

Notre article 529 déclare également meubles par détermination de la loi : les actions et obligations qu'on peut avoir dans les compagnies de finances, de commerce ou d'industrie, encore que des immeubles dépendant de ces entreprises appartiennent à ces compagnies. En règle générale, ces actions ou intérêts sont réputés meubles à l'égard de chaque associé, pendant toute la durée de la société ; par

suite, ils sont insusceptibles d'hypothèque. Mais dès que la société est dissoute, et que le partage a fixé les droits de chacun, les associés peuvent hypothéquer la portion qui leur échoit dans les immeubles (1). Nous admettons même qu'au moment où la société est à l'état de création, avant l'émission des actions, l'affectation hypothécaire puisse être consentie (2). Mais dès lors que la société existe et qu'elle fonctionne, les actions ou parts d'intérêts sont meubles, bien que la société possède des immeubles et qu'elle ait pour objet leur exploitation. « La raison en est que pendant la durée d'une société de commerce la propriété des immeubles sociaux réside dans la personne morale de la société (3). » Les membres de la société ne possèdent que des actions ou des parts d'intérêts, droits purement mobiliers, qui ne peuvent servir d'assiette à l'hypothèque.

Telle est la règle générale ; mais certains biens, qui de leur nature sont meubles, par des décrets spéciaux ont été déclarés immeubles. Nous voulons parler des actions de la Banque de France. L'article 7 du décret du 16 janvier 1808 déclare que « les actionnaires qui voudront donner à leurs actions la qualité d'immeubles en auront la faculté ; et dans ce

(1) Toulouse, 31 juillet 1820. Cass., 14 avril 1824.
(2) Douai, 5 novembre 1839. S. 1840, 2, 206.
(3) Aubry et Rau, vol. II, p. 267.

cas ils en feront la déclaration dans la forme prescrite pour les transferts. Cette déclaration une fois inscrite sur les registres, les actions immobilisées resteront soumises au Code civil et aux lois de privilège et d'hypothèque comme les propriétés foncières : elles ne pourront être aliénées et les privilèges et hypothèques être purgés qu'en se conformant au Code civil et aux lois relatives aux privilèges et hypothèques sur les propriétés foncières. » Cette immobilisation peut cesser ; mais le décret de 1808 n'ayant pas indiqué le moyen qu'il faut employer pour rendre à ces actions le caractère de meubles, on avait soutenu que l'aliénation suffisait pour produire cet effet, et que l'immobilisation ne pouvait subsister qu'autant que le nouveau propriétaire remplirait les mêmes formalités indiquées par le décret. A juste titre cette prétention a été rejetée (1). L'immobilisation survit à l'aliénation ; la volonté des parties, au moment de la vente, peut la faire cesser, encore faut-il qu'elle se manifeste d'une façons péciale, déterminée par la loi du 17 mai 1834 dans son article 5. Pour ce faire, le propriétaire de l'action immobilisée déclarera son intention à la Banque. Cette déclaration devra contenir l'établissement de la propriété de l'action en la personne du réclamant ; elle sera transcrite au bureau

(1) Req. 12 mai 1833. S. 1833, 1, 517.

des hypothèques de Paris et soumise, s'il y a lieu, aux formalités de purge légale.

Les actions des canaux d'Orléans et du Loing, en vertu du décret du 16 mars 1810, article 13, pouvaient également être immobilisées et par suite hypothéquées ; mais les lois du 1er août 1860 et 1er août 1863 ayant ordonné le rachat de ces actions, il n'en existe plus actuellement.

CHAPITRE II

DE L'HYPOTHÈQUE DES PROPRIÉTÉS SUPERFICIAIRES

§ I. — *Du droit pour le preneur à bail d'hypothéquer les constructions par lui élevées sur le fonds loué.*

D'après la législation romaine, le droit du superficiaire était le droit héréditaire et aliénable d'user et de jouir d'une construction qu'on a faite sur le sol d'autrui à charge de payer une redevance. Le propriétaire du sol restait propriétaire de toutes les plantations et constructions faites par autrui ou avec les matériaux d'autrui ; et il ne pouvait aliéner la superficie du sol séparément du fonds. Dans la suite, le superficiaire obtint la propriété prétorienne, qui lui procura des avantages semblables à ceux du domaine quiritaire ; il put alors transmettre ce droit à ses héritiers, et l'hypothéquer.

M. Accarias envisage la superficie d'une manière différente ; il voit en elle une servitude d'une nature particulière, paralysant l'application de la règle : *superficies solo cedit*, et qui devant être rangée dans la catégorie des servitudes urbaines, ne peut pas être hypothéquée (1).

Dans notre ancien droit français, le contrat de superficie était tellement usité, que, dans les contrats de vente ordinaire, on avait fréquemment le soin d'insérer une clause spéciale par laquelle le vendeur déclarait aliéner le fonds et le tréfonds et non pas seulement la superficie, considérée comme simple démembrement de la propriété. Loyseau en parlant dans son *Traité du déguerpissement*, suppose que « le bail d'une place pour bâtir, à cette condition que le preneur jouirait de la maison par lui bâtie tant qu'elle durait, et étant ruinée et démolie, retournait franchement à son maître, qui cependant en demeurait toujours seigneur direct ; à raison de quoi, pendant le bail, on lui payait une certaine redevance appelée *solarium*, *quod pro solo perederetur* (2). »

Bien que le Code civil ne nous en indique pas les règles, le contrat de superficie a été maintenu dans

(1) M. Accarias, t. I, n. 283.

(2) Loyseau : *Traité du déguerpissement*, l. I, chap. IV, n. 8.

notre législation actuelle. Les articles 553 et 664 le déclarent implicitement; aussi nous faut-il rechercher si le preneur à bail peut hypothéquer les constructions par lui élevées sur le fonds loué; en d'autres termes, si le droit du locataire sur les bâtiments qu'il a construits, est un droit mobilier ou immobilier.

Pour résoudre la question, diverses situations doivent être envisagées. Tout d'abord, si le locataire est autorisé ou même obligé, d'après une clause de son bail, de faire des constructions sur l'immeuble loué, et si le bail ne règle pas le sort de ces constructions, on admet généralement qu'elles appartiennent au locataire et que le bailleur a renoncé à son droit d'accession (1). Il en serait de même si le propriétaire avait renoncé expressément dans le bail à son droit d'accession, et reconnu au locataire un droit de propriété sur les constructions édifiées par lui. Le preneur peut alors les hypothéquer (2).

Dans le cas où les parties ont passé la question sous silence, certains auteurs partant de l'idée que le preneur n'a aucun droit réel sur l'objet loué et ne peut exercer qu'un droit personnel contre le bailleur,

(1) Cass., 27 juin 1893. S. 1894, 1, 43. Cass., 19 juillet 1893. S. 1894, 2, p. 241, note s. arrêt.

(2) Aubry et Rau, vol. II, p. 440.

attribuent seulement au preneur un droit mobilier. A l'égard de ce dernier, l'édifice n'a que la nature des matériaux qui le composent envisagés en eux-mêmes, c'est-à-dire une nature mobilière ; par suite, il lui est impossible de l'hypothéquer (1).

Cette solution, qui nous semble exacte, a soulevé certaines critiques. D'abord on ne s'explique pas comment le droit personnel du preneur contre le bailleur l'empêche d'avoir un droit réel immobilier sur les constructions qu'il a élevées. Il n'y a en cela rien de contradictoire (2). Ces constructions sont des immeubles par leur nature, le preneur peut les hypothéquer, car elles sont sa propriété. L'article 553 ne déclare-t-il pas que toutes les constructions, plantations et ouvrages, sur un terrain ou dans l'intérieur, sont présumés faits par le propriétaire, à ses frais, et lui appartiennent ? On peut lui opposer l'article 551, en vertu duquel tout ce qui s'unit et s'incorpore à la chose, appartient au propriétaire. Quoi qu'il en soit, le superficiaire, à notre avis, n'a qu'une créance mobilière de jouissance sur les constructions qu'il a élevées, et on ne saurait lui reconnaître le droit de les hypothéquer, sauf, bien entendu, dans le cas

(1) Demolombe, t. I, n. 172 et 172 bis ; Guillouard, t. I, n. 297 et suiv.; Garsonnet: *Traité théor. et prat. de procéd.*, t. III, p. 28, § 642; Laurent, t. XXX, p. 190, n. 215.

(2) Cass., 19 juillet 1893. S. 1894, 1, 241, note s. arrêt.

où le bailleur a renoncé à son profit au droit d'accession.

§ II. — *De l'Hypothèque des mines.*

Lors de la discussion de la loi du 21 avril 1810, concernant les mines, trois systèmes étaient en présence. Le premier, défendu en 1791 par Lamerville, et adopté par ceux qui attribuent au propriétaire tous les avantages de la terre, était en tous points conforme à l'article 552 du Code civil, qui donne, au propriétaire du sol, la propriété du dessus et du dessous.

Le second, attribuant la mine à l'inventeur, mettait en vigueur la loi du premier occupant, proposée par Turgot et réfutée par Mirabeau.

Enfin, une autre opinion, exposée par Regnault d'Epercy, dans un rapport à l'Assemblée constituante, mettait les mines à la disposition de la nation.

La loi du 21 avril 1810 décida, dans son article 5, que les mines ne pourraient être exploitées qu'en vertu d'un acte de concession délibéré en conseil d'Etat. Jusqu'à ce que cette concession soit faite, le superficiaire a la propriété complète du tréfonds; mais par le fait même de son attribution à un concessionnaire, la mine devient une propriété particulière, complètement distincte de celle de la sur-

face, et comme telle susceptible d'être hypothéquée. Ce principe est tellement rigoureux que la concession mît-elle ces deux propriétés dans la même main, elles n'en seraient pas moins distinctes.

De la création de cette nouvelle propriété, il nous faut tirer certaines conséquences. Tout d'abord, les droits réels sur la mine accessoire du fonds, qui, avant la concession, appartenaient au propriétaire du sol ou à ses créanciers hypothécaires, sont anéantis: car l'article 17 de notre loi déclare que l'acte de concession purge en faveur du concessionnaire tous les droits du propriétaire de la surface ou de ses ayants cause. Il est logique que cette propriété, en naissant, ne soit grevée d'aucune charge. De plus, le droit de propriété du maître du sol, est converti en une redevance annuelle, que lui paie le concessionnaire. La loi n'ayant pas voulu que les créanciers hypothécaires, antérieurs à l'acte de concession, eussent à souffrir de la diminution de leur gage, laissa subsister l'hypothèque sur la surface, et par une fiction, immobilisa cette redevance à leur profit. Cela se produit sans qu'il soit besoin de convention : « Par l'adjonction qui a eu lieu de plein droit, la redevance qui en est l'objet se trouve tellement réunie et civilement identifiée avec le terrain de surface que dès lors elle est frappée des mêmes hypothèques que le terrain, et qui précédemment frappaient sur tous

les fonds ou qui postérieurement pourraient être établies à la charge de l'immeuble superficiaire (1). » Si, au contraire, on envisage cette redevance en elle-même, on ne peut l'hypothéquer, car elle est purement mobilière. Enfin, cette concession crée une propriété immobilière, ainsi que le déclare l'art. 8 de notre loi de 1810; par conséquent les mines, et accessoirement tous les objets réputés immeubles, tels que ceux indiqués par notre article, peuvent servir d'assiette à l'hypothèque. Mais remarquons-le bien : c'est le droit d'exploitation de la mine, ou plutôt, la mine elle-même, qui seule est susceptible d'hypothèque ; les matières extraites et les approvisionnements sont meubles et comme tels insusceptibles d'hypothèque.

Devons-nous étendre aux carrières les dispositions des articles 8 et 10 de la loi de 1810 ? Certains auteurs le prétendent ; d'après eux, la concession d'une carrière entraîne la division du droit de propriété en deux droits immobiliers, l'un et l'autre susceptibles d'hypothèque (2). Nous ne croyons pas cette opinion très exacte. Le droit d'extraire des pierres dans une carrière ne donne au concessionnaire que la faculté de faire siens les objets mobiliers en échange du

(1) Proudhon : *Dom. de pro.*, n. 779.

(2) Troplong : *Des privilèges et hypothèques*, II, n. 404 bis. Martou : *des Privilèges et hypothèques*, II, n. 716.

prix qu'il paie. On peut voir là soit un contrat de louage (1), soit une vente mobilière, mais il nous semble impossible d'y voir une vente d'immeuble. De plus, dans le silence de la loi du 21 avril 1810, il y a encore un motif de ne voir dans le droit du concessionnaire de la carrière qu'un droit purement mobilier, insusceptible d'hypothèque (2).

(1) Guillouard : *Traité du louage*, I, n. 14.
(2) Paris, 22 janvier 1867, D. 1868, 2, 137.

CHAPITRE III

DE L'HYPOTHÈQUE DU DROIT DE JOUISSANCE SUR LA CHOSE D'AUTRUI

§ I. — *De l'Usufruit.*

Avec l'usufruit nous sommes en présence d'un droit réel, *jus in re;* à la différence des servitudes, il a une existence propre, et constitue dans le patrimoine de l'usufruitier un bien véritable, qui peut être loué, cédé, exproprié ou hypothéqué s'il s'agit d'un immeuble. Notre article 2118 le classe d'ailleurs dans la catégorie des biens susceptibles d'hypothèque ; en cela il se conforme à la tradition romaine (1). Mais quel droit exactement notre article a-t-il en vue ? Dans quelle mesure ce droit peut-il être atteint par l'hypothèque ? Ce sont là deux points qu'il nous faut étudier.

(1) Loi 11, § 2. De pignor. et hypoth. *Usufructum an possit pignorari hypothecæve dari, quæsitum est... et scribit Papinianus libro XI respons. tuendum creditorem.*

Tout d'abord devons-nous considérer comme un usufruit susceptible d'hypothèque, le droit de jouissance, accordé par l'article 384 du Code civil, au père de famille durant le mariage et, après la dissolution, au survivant des père et mère sur les biens de leurs enfants mineurs ? Proudhon répond affirmativement ; il déclare que « le droit de jouissance est véritablement un droit d'usufruit légal, qui est soumis aux règles générales de l'usufruit, comme toute espèce particulière rentre dans le gouvernement du genre auquel il appartient (1). »

Les rédacteurs des projets qui furent soumis à l'assemblée législative, avaient eu soin, en déclarant susceptible d'hypothèque l'usufruit des biens immobiliers, de faire remarquer qu'ils n'entendaient pas ranger sous la dénomination d'usufruit, le droit de jouissance légale des père et mère. Ce droit ne saurait être confondu avec l'usufruit ordinaire, car il ne constitue pas, comme lui, un démembrement de la propriété ; nous en trouvons une preuve, convaincante à notre avis, dans ce fait qu'aucune loi fiscale n'est venue prélever un droit sur l'exercice de cette jouissance. De plus, en raison de la nature même de ce droit et de son caractère tout spécial,

(1) Proudhon : *de l'Usufruit*, n. 125, v. également n. 221 ; v. aussi Duvergier, *de la Vente*, I, n. 213.

le survivant des père et mère ne le peut aliéner, ce qui nous amène à conclure qu'il ne le peut hypothéquer (1). En effet, au lieu d'un droit réel, il n'y a là qu'un droit tout personnel qui d'ailleurs est constitué dans le titre de la puissance paternelle (2).

Nous donnons une solution identique relativement aux droits de jouissance, qui appartiennent à la communauté sur tous les biens propres des époux, ou au mari sur les biens de sa femme, lorsqu'ils sont unis sous le régime dotal. Ce ne sont là que des droits d'administration avec jouissance des revenus ; administration d'ailleurs grevée de charges auxquelles les revenus doivent d'abord être consacrés. Ce ne sont donc pas des droits d'usufruit proprement dits. Or ces droits seuls peuvent être l'objet d'une affectation hypothécaire ; encore pour cela faut-il les considérer *in abstracto* et indépendamment des fruits que produit l'immeuble. Les fruits, dans ce cas, se distinguent de l'usufruit, comme les revenus du capital. Les créanciers inscrits sur un droit d'usufruit et qui en poursuivent la vente par voie de saisie immobilière, pour se faire payer sur le prix,

(1) Bordeaux, 19 juin 1849. S. 1849, 2, 687.

(2) Demolombe: *Cours de code civil*, VI, n. 527. Martou : *des Privilèges et Hypothèques*, II, n. 736. Guillouard : *Traité des privilèges et hypothèques*, II, p. 185, n. 667. Aubry et Rau, VI, p. 84, § 550 bis. — Laurent, t. XXX, n. 209-210. Baudry-Lacantinerie de Loynes, vol. II, p. 27, n. 921.

ne sauraient dès lors prétendre à un droit exclusif, relativement aux fruits échus avant la transcription de la saisie. De plus, en cas de vente simultanée, et moyennant un seul prix, de l'usufruit et de la nue propriété de l'immeuble, les créanciers hypothécaires, ayant une inscription sur l'usufruit, peuvent exiger qu'on fasse une ventilation de la valeur de l'usufruit et de la valeur de la nue propriété (1).

L'hypothèque peut donc être assise sur un usufruit détaché de la propriété ; mais peut-on l'inscrire sur un usufruit réuni à la nue propriété ; en d'autres termes, peut-on hypothéquer isolément l'usufruit d'un immeuble dont on a la propriété ?

D'après une opinion que nous ne partageons point, on répond affirmativement, déclarant qu'une stipulation de ce genre n'a rien d'illicite et de contradictoire avec le principe de l'indivisibilité de l'hypothèque. Le propriétaire peut détacher de son droit tel attribut qu'il veut, il peut céder l'usufruit en conservant la nue propriété ; par la même raison il peut l'hypothéquer séparément (2). Nous ne saurions admettre cette solution ; tant que la jouissance et la nue propriété ne sont pas détachées l'une de l'autre pour être dévolues à des personnes différentes, il n'y

(1) Paris, 2 février 1832. S. 1832, 2, 301.

(2) Troplong : *des Privilèges et Hypothèques*, II, n. 400. Pont : *des Privilèges et Hypothèques*, I, n. 381. Laurent, XXX, n. 211.

a pas d'usufruit ; car « l'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété ». L'usufruit ne peut donc être hypothéqué par le propriétaire, puisqu'il n'existe pas, pas plus qu'il n'existe un droit de passage ou de puisage au profit d'un propriétaire sur son immeuble (1).

De notre article 2118 il résulte que l'hypothèque ne subsiste que pendant la durée de l'usufruit. Cela va de soi ; le droit engagé disparaissant, l'hypothèque tombe du même coup, faute d'assiette. Ce principe toutefois ne peut être admis que sous certaines réserves : il est des cas où l'extinction de l'usufruit n'entraîne pas nécessairement l'extinction de l'hypothèque qui le grève. Prenons par exemple le cas de consolidation, c'est-à-dire de réunion sur la même tête des qualités d'usufruitier et de nu propriétaire ; l'hypothèque survivra-t-elle à cette consolidation ?

Non, dit-on dans une première opinion ; elle ne peut subsister sur un droit éteint, or l'usufruit disparaît avec la consolidation. Le créancier hypothécaire ne souffrira pas de la perte de son gage, car il peut demander, soit un supplément d'hypothèque, soit le remboursement de sa créance (2).

(1) Cass., 12 avril 1836. S. 1836, 1, 336. Aubry et Rau, III, § 529, p. 125. Thézard : *du Nantissement, des Privilèges et Hypothèques*, n. 39. Guillouard : *des Privilèges et Hypothèques*, II, p. 185, n. 666.

(2) Martou : *des Privilèges et Hypothèques*, II, n. 734.

Nous croyons que cette cause d'extinction de l'usufruit ne peut pas nuire au créancier hypothécaire. La consolidation en effet n'atteint pas l'usufruit en lui-même, elle opère seulement confusion ; or la confusion n'est pas une véritable cause d'extinction des droits, elle est plutôt un fait qui rend impossible l'exercice d'un droit de jouissance sur une chose dont on est propriétaire. Rien, par suite, n'empêchera le créancier hypothécaire de faire saisir et vendre l'usufruit et de s'en faire attribuer le prix par préférence. Il en serait de même encore dans le cas où l'usufruitier renoncerait à son droit d'usufruit après l'avoir hypothéqué. Pour nous, cette renonciation ne peut avoir comme effet d'éteindre le droit d'usufruit à l'égard du créancier hypothécaire. En vertu de l'article 1 de la loi du 23 mars 1855, la renonciation à un usufruit immobilier, pour être opposable aux tiers, et spécialement aux créanciers ayant hypothèque sur cet usufruit, doit être transcrite ; ne résulte-t-il pas de là qu'elle ne peut porter aucune atteinte à leurs droits, pourvu qu'ils aient été régulièrement conservés par une inscription prise antérieurement (1) ?

(1) Guillouard, *op. cit.*, p. 186, n. 669. Baudry-Lacantinerie de Loynes, II. p. 30, n. 925.

§ II. — *De l'Hypothèque du droit du preneur à bail.*

La nature du droit du preneur à bail a fait longtemps l'objet d'une controverse. De nos jours, la généralité des auteurs (1), de même que la jurisprudence (2), s'accordent, conformément d'ailleurs à la tradition historique (3), pour reconnaître que le preneur n'a sur l'immeuble à lui loué qu'un droit de créance mobilier, dès lors insusceptible d'hypothèque. Voudra-t-on y voir même un droit réel immobilier, qu'il faudrait, à notre avis, adopter la même solution, car il ne serait pas de ceux énumérés par l'article 2118. Ce texte en effet indique l'usufruit des immeubles comme susceptible d'hypothèque, mais non le bail.

(1) Marcadé, II, sur l'art. 526 n. 5, sur l'art. 578 n. 2, sur l'art. 595 n. 1, VI, sur l'art. 1743. Proudhon : *Usufruit*, I, n. 102. Delvincourt, III, p. 185, et suiv. Duranton, IV, n. 73. Flandin : *Transcription*, I, n. 196. Aubry et Rau, IV, p. 471, § 365. Guillouard: *Louage*, I, n. 26. Laurent, XXV, n. 9. Lefort : *Hist. des contr. de loc. perpét. ou à longue durée*, p. 327.

(2) Caen, 24 janvier 1848. S. 1849, 2, 533. Bourges, 27 février 1852. S. 1852, 2, 638. Cass.. 21 février 1865. S. 1865, 1, 113. Lyon, 1er juillet 1881. S. 1883, 2, 212. V. sens contraire, Paris, 29 mars 1860. S. 1860, 2, 122. Paris, 8 juillet 1861. S. 1862, 2, 274. Paris, 12 mars 1863, S. 1863, 2, 221.

(3) Dumoulin s. Paris, § 30, n. 108. — Ferrière : *Glose sur la coutume de Paris*, art. 171, n. 52. Pothier, *Louage*, n. 288.

Si telle est la solution adoptée pour le bail ordinaire, en sera-t-il de même pour tous les baux indistinctement ? C'est ce que nous allons rechercher.

I. *Bail emphytéotique.* — Le droit du preneur emphytéotique est-il susceptible d'hypothèque ?

La réponse varie suivant la nature qu'on reconnaît à ce contrat.

A Rome, dans sa constitution rendue pour l'Orient, vers l'an 486 après J.-C., l'empereur Zénon soumit le contrat d'emphytéose à des règles spéciales (1). Désormais, les propriétaires de champs incultes, qui ne pouvaient les louer sous les conditions ordinaires, en raison des dépenses énormes qu'auraient occasionnées les travaux de défrichement et d'amendement, purent tirer de leur terre un certain revenu. Chaque année, l'emphytéote leur versait une certaine redevance. Pour venir en aide à ce dernier, les glossateurs lui accordaient le domaine utile, ce qui sans doute lui permettait de percevoir les fruits de la chose, mais de plus lui concédait un droit de propriété sur les attributs les plus importants de l'héritage. Il pouvait alors, à son gré, vendre, céder ou hypothéquer le fonds, sous réserve pour le proprié-

(1) C. J. L. 1, *de Jure emphyt.*, IV, 66.

taire de le reprendre, soit entre ses mains, soit entre celles de ses successeurs.

Cette doctrine ne fut pas toujours admise ; l'école du XVI^e^ siècle, représentée par Cujas et Doneau, soutenait que l'emphytéote ne pouvait demander au *jus civile* l'exercice d'un droit appartenant à autrui. D'après elle, l'emphytéose ne donne pas au preneur un domaine utile, mais seulement un quasi-domaine ; dès lors il ne peut plus être question du droit d'hypothéquer. Dumoulin voulut concilier cette théorie avec celle des anciens auteurs, et expliquer en même temps l'anomalie existant entre les textes qui considèrent l'emphytéose tantôt comme une vente, tantôt comme un louage. Après avoir admis la distinction entre le domaine direct et le domaine utile, il n'accorda ce dernier qu'à l'emphytéote perpétuel (1).

(1) « Fateor in jure nullum esse textum in quo dominium vocetur directum vel utile ; sed sunt verba magistralia quæ non reprobo sed laudo ; quia sunt de mente juris et ad methodicam doctrinam necessaria, non solum in consequentiam actionis directæ vel utilis, quæ frequens est in jure, ut de utraque textus elegans in l. actio de negot. gest. in l. uxor marit. ad fin. de dom. inter vir et uxor ; sed etiam per se ut unico verbulo, absque tædiosa et molesta periphrasi significare possimus ; quando de utile tantum et non de directo dominio loquimur. » — Sur la coutume de Paris, § 78, glos. 4, n. 5, Loyseau tient le même langage. Il cite la loi *si ager vectigal.* ainsi conçue : « Qui enim fundos in perpetuum conduxerunt, non efficiuntur domini, tamen placuit eis competere in rem actionem », duquel passage, ajoute-t-il, les interprètes ont tiré la distinction entre la seigneurie utile et la seigneurie directe. — D'Argentré, sur l'art. 229 de la coutume de Bretagne.

Du droit romain, le contrat d'emphytéose devait nécessairement passer dans notre droit coutumier où d'ailleurs il était appelé à rendre de véritables services, à cette époque où la plus grande partie de la France n'était que landes incultes. Elle s'adaptait du reste fort bien à l'organisation sociale et politique d'alors, et bien qu'étrangère à la féodalité par son origine romaine, elle avait une analogie très grande avec les concessions féodales dont elle se rapprocha si bien que, sous l'influence des mœurs et du temps, elle finit presque par se confondre avec le bail à cens. La seule différence entre ces deux contrats était celle-ci : pour bailler à cens il fallait posséder noblement ; pour bailler à titre emphytéotique, il suffisait de posséder en franc alleu. La législation intermédiaire eut donc à réglementer le contrat d'emphytéose qui était alors en vigueur dans toute la France ; se trouvant en présence de deux sortes d'emphytéose, l'une perpétuelle, l'autre temporaire, elle dut, sous peine de contrevenir aux lois abolitives de la féodalité, ne conserver que cette dernière. C'est ce que fit la loi des 18-29 décembre 1790 dans son article 1 du titre I en déclarant « qu'il est défendu de plus à l'avenir de créer aucune rente foncière non remboursable, sans préjudice de baux à rente ou emphytéoses et non perpétuels qui seront exécutés pour toute leur durée,

et pourront être faits à l'avenir pour 99 ans et au-dessous, ainsi que les baux à vie même sur plusieurs têtes, à la charge qu'elles n'excéderont pas le nombre de 3 ». Désormais, le bail emphytéotique perpétuel vaudra vente, moyennant une rente remboursable.

Une autre loi, celle du 9 messidor, an III, modifia par son article 5 la théorie de l'emphytéose. Elle déclara seulement susceptibles d'hypothèque : la propriété des biens territoriaux et leurs accessoires immobiliers, celle des servitudes foncières et l'usufruit des mêmes biens résultant uniquement de baux emphytéotiques, lorsqu'il reste encore 25 années de jouissance. En assimilant l'emphytéote à l'usufruitier, le législateur semble avoir rompu avec la tradition de l'ancien droit qui concédait le domaine utile au concessionnaire à temps. Enfin, la loi du 11 brumaire de l'an VII fit du droit d'emphytéose un droit réel immobilier, susceptible d'hypothèque, qu'elle qualifia de droit de jouissance sur la chose d'autrui. Grâce à cela, pendant un certain temps, l'emphytéose put donc figurer sur la liste des biens susceptibles d'hypothèque.

En est-il encore de même sous l'empire du Code civil, ou ne serait-il pas plus exact peut-être de considérer ce droit comme un simple droit de créance de jouissance mobilière, analogue à celui que possède un preneur ordinaire ?

Résoudre la question est chose fort délicate, car les textes ne nous apprennent rien à cet égard, et les opinions des auteurs sont très divergentes. La jurisprudence et la pratique admettent que l'emphytéose opère, encore aujourd'hui, comme autrefois, décomposition de la propriété et translation du domaine utile au profit de l'emphytéote (1). Elle aurait alors conservé le caractère qu'elle avait avant 1789, et serait encore régie par les règles de l'ancien droit. Par suite, le droit de l'emphytéote pourrait servir d'assiette à l'hypothèque, pendant toute la durée de la concession. Cette solution est-elle bien conforme aux principes du droit? Nous ne saurions l'affirmer; pour admettre que ce droit soit susceptible d'hypothèque, il faudrait l'identifier soit au droit d'usufruit, soit au droit de propriété, sous peine d'enfreindre la règle posée par l'article 2118. La jurisprudence l'assimile à ce dernier, puisqu'elle accorde au preneur tous les droits utiles de propriété sur le domaine concédé (2). Nous ne

(1) Merlin, *Quest.* v. *Emphytéose*, sect. v, § 8. Proudhon : *du Domaine privé*, II, n. 710. Cass., 26 juin 1822. S. 1822, 1, 362. Cass. et civ. rej., 1er avril 1840. S. 1840, 1, 433 et 436. Cass., 24 juillet 1843. S. 1843, 1, 830. Cass., 18 mai 1847. S. 1847, 1, 623. Civ. rej., 17 novembre 1852, S. 1852, 1, 747. Cass., 23 février 1853. S. 1853, 1, 206. Cass., 26 avril 1853. S. 1853, 1, 445. — Grenoble, 4 janvier 1860. S. 1861, 2, 126. Cass., 26 janvier 1864, S. 1864, 1, 91.

(2) V. arrêt précité, notamment 26 janvier 1864. S. 1864, 1, 91.

saurions admettre cette solution, qui fait revivre les principes abolis par les lois de la révolution, et méconnaît la législation intermédiaire, notamment la loi de l'an VII, la seule qui puisse être en vigueur, si toutefois notre Code civil ne l'a pas abrogée.

Si, pour ce motif, il ne nous semble pas très logique d'identifier le droit d'emphytéose au droit de propriété, du moins peut-on le confondre avec le droit d'usufruit? C'est ce qui avait lieu sous l'empire de la législation intermédiaire ; or certains prétendent qu'elle est encore en vigueur sur ce point, car, disent-ils, comme l'a fait remarquer Merlin, la loi de ventose an XII n'abroge les lois précédemment édictées qu'autant qu'elles se rapportent aux matières réglées par le Code civil ; elle laisse donc en vigueur toutes les dispositions relatives à l'emphytéose dont le Code ne s'est pas inquiété. Ne pourrait-on pas cependant soutenir, avec certains auteurs, en invoquant l'esprit de la législation intermédiaire, que l'emphytéose temporaire a été abolie par la loi du 30 ventose de l'an XII? D'ailleurs, « lorsque la loi ancienne et la loi nouvelle, dit M. Demolombe, statuent sur la même matière, si la loi nouvelle ne reproduit pas une disposition particulière de la loi ancienne et bien qu'elle n'en prononce pas l'abrogation expresse, cette disposition est abro-

gée (1) ». Or le Code civil, à propos des différents droits qu'on peut avoir sur les biens, édicte une loi nouvelle, qui abroge les lois antérieures. De plus, le silence de l'article 2118 nous semble significatif ; comment admettre en effet que les rédacteurs aient oublié de mentionner ce droit parmi les biens susceptibles d'hypothèque, alors qu'ils ont reproduit presque littéralement l'article 6 de la loi de brumaire an VII ? En la passant sous silence, ils avaient, à notre avis, l'intention d'exclure l'emphytéose de la catégorie des biens pouvant servir d'assiette à l'hypothèque (2). C'est là ce qui nous semble résulter des travaux préparatoires de la loi ; si le Code avait voulu confirmer les règles du droit intermédiaire, il aurait, à l'exemple du législateur de cette époque, compris l'emphytéose dans l'énumération de l'article 2118. Tandis qu'autrefois le bail emphytéotique conférait un droit réel au preneur, il ne lui confère plus actuellement qu'un droit personnel, insusceptible d'hypothèque, tout comme le ferait un bail ordinaire (3). La seule différence entre ces deux sortes

(1) Demolombe : *Traité de la distinction des biens*, I, p. 379.

(2) Aubry et Rau, III, p. 125, § 259. Colmet de Santerre, IX, n. 78 bis.

(3) Grenier : *des Hypothèques*, I, n. 143. Valette : *des Privilèges et Hypothèques*, n. 128. Demolombe, IX, n. 491. Aubry et Rau, II, § 224 bis. Delvincourt, t. III, p. 185. Proudhon, *Usufruit*, n. 97. Guillouard, II, p. 177, n. 656.

de baux, consiste en ce que l'un a une durée plus longue que l'autre. D'ailleurs le bail emphytéotique a depuis longtemps perdu son importance. Tronchet le faisait déjà remarquer lors des travaux préparatoires du Code civil. « On n'employait autrefois l'emphytéose que pour éviter les droits seigneuriaux, disait-il; maintenant elle n'aurait plus d'objet. Il était donc inutile d'en parler (1). » Cela se comprend facilement; au point de vue économique, nous constatons que le législateur, — en concédant au preneur, par l'article 1743, la faculté d'opposer à l'acquéreur de l'immeuble par lui loué son bail authentique ou ayant date certaine, — a pourvu à un des intérêts principaux pour lequel il était important que le preneur à bail emphytéotique eût un droit réel dans notre ancien droit. Le preneur, il est vrai, aurait encore un intérêt très grand à ce qu'on lui accordât un droit réel susceptible d'hypothèque; par là il pourrait voir son crédit augmenter, surtout si son bail a pour objet un terrain sur lequel il doit élever des constructions. Il y a un moyen d'obvier à cet inconvénient; il suffit pour cela d'insérer au bail une clause spéciale, par laquelle le propriétaire

(1) Grenier. *des Hypothèques*, I, n° 143. Valette : *des Privilèges et Hypothèques*, n° 128. Demolombe, IX, n° 491. Aubry et Rau, II, § 224 bis. Delvincourt, tom. III, p. 185. Proudhon : *Usufruit*, n° 97. Guillouard, II, p. 177, n° 656.

déclare renoncer à son droit d'accession sur les constructions que doit élever son locataire. Le preneur sera, dans ce cas, propriétaire intérimaire de la surface et pourra l'hypothéquer. Enfin la théorie que nous proposons, tout en constatant qu'elle est en opposition avec celle que soutiennent la jurisprudence et bon nombre d'auteurs, a le très grand avantage de couper court aux difficultés, presque insurmontables, qui se présentent, dans la pratique, sur le point de savoir si tel ou tel bail est ou n'est pas emphytéotique. Ces baux sont reconnaissables, dit-on, à leur longue durée et à la modicité du prix payé par le locataire (1) ; soit ; mais tout ceci est très vague et de nature à soulever bien des procès.

II. *Bail à complant.* — A côté du bail emphytéotique ordinaire, il en est un autre qui présente avec lui une analogie telle qu'on l'a qualifié de sorte d'emphytéose pour les vignes. Nous voulons parler du bail à complant. En raison de l'intérêt local de ce contrat, qui est encore en usage dans une partie du Poitou, nous allons rechercher s'il confère au preneur des droits susceptibles d'hypothèque. La question se ramène à celle-ci : le bail à complant est-il, ou non, translatif de propriété ?

(1) Cass., 1857. D. 1857, 1, 326

Cette même question s'était présentée, dès l'an VI, pour les baux à complant du département de la Loire-Inférieure. Le conseil des Cinq-Cents en fut saisi par une pétition; il nomma une commission, qui examina la question en s'inspirant d'un très grand nombre de baux à portion de fruits et d'un acte de notoriété du tribunal civil de la Loire-Inférieure. Le rapport de cette commission, présenté par M. Boulay-Paty, déclara que ces baux ne sont pas translatifs de propriété, alors même que la concession est perpétuelle ; il s'appuyait sur ce qu'aucune des clauses du bail n'indique l'intention, de la part du bailleur, de transférer la propriété, ni de celle du preneur, de l'acquérir (1).

Les principales raisons d'en décider ainsi étaient, d'après M. Boulay-Paty, outre celles qu'on tire naturellement du nom de bail, attaché au contrat : 1° que les droits du preneur ne s'étendent pas au delà de ceux de planter et de cultiver; 2° que s'il laisse périr la vigne, son droit s'éteint *ipso facto;* 3° qu'il ne peut vendanger sans que le propriétaire ait fixé le jour de la vendange et permis d'ouvrir la vigne.

Ce rapport était suivi d'un projet de loi, dont la dernière disposition déclarait qu'il « n'est en rien préjugé sur le complant régi par les coutumes voi-

(1) *Lois annotées.* S. 1, p. 543.

sines telles que celles du ci-devant Poitou, le Maine, la Rochelle, etc. »

Le bail à complant diffère-t-il donc dans la coutume du Poitou?

Certains auteurs (1) prétendent que le bail à complant du Poitou est un contrat d'une nature particulière qui ne transporte aucun droit de propriété au fermier. Ce dernier, d'après eux, ne possède qu'au même titre et de la même manière que les fermiers ordinaires, sauf en ce qui concerne la durée du bail. Par suite, la redevance du fermier représente le prix du bail et n'est pas susceptible de rachat forcé. Ils citent à l'appui de leur doctrine un arrêt de la Cour de cassation du 7 avril 1837 (2), duquel il résulte que les baux à complant ne sont pas translatifs de propriété. Certes, nous ne contestons pas le bien fondé de cette décision, nous nous contentons de faire remarquer que l'arrêt invoqué statue sur des baux passés dans des pays dépendant du comté Nantais, et non pas du Poitou. Or, nous le savons, l'avis du Conseil d'Etat, approuvé par les consuls le 4 thermidor an VIII, avait expressément maintenu le bailleur dans la propriété des biens qu'il concédait à

(1) Hérold : *Revue pratique du droit français*, t. III, année 1857, p. 364 et suiv. Duvergier : *Traité du louage*, t. I. Garsonnet : *Hist. des locat. perpét.*, p. 394-423. — Lefort : *Hist. des contr. de locat. perpet.*

(2) S. 1837, 2, 149.

complant dans le département de la Loire-Inférieure et lui avait conservé le droit d'exiger la portion des fruits, réservée par l'acte, sans que le preneur pût forcer le bailleur à en recevoir le rachat. Mais cette interprétation a été donnée relativement aux biens de la Loire-Inférieure ; il ne convient pas de l'étendre aux autres départements. Un nouvel avis du Conseil d'Etat, intervenu le 23 messidor an X, sur la demande des bailleurs de fonds à devoir de tiers et de quart, porte qu' « il n'y a pas lieu de rendre commun aux départements de Maine-et-Loire et de la Vendée, ni à tout autre, l'arrêté ci-dessus. »

Sous l'empire des coutumes du Poitou et de la Rochelle, le bail à complant nous semble différer de celui qui était en vigueur dans le comté Nantais. Dans notre contrée, ces contrats étaient des sortes de baux à portion de fruits, dont l'effet, du moins dans le dernier état des coutumes, était de transférer la propriété au preneur (1), à condition toutefois que la concession fût perpétuelle et qu'elle ne fût pas révocable par la seule volonté du bailleur. C'était là son caractère dominant. De plus, ce transfert de propriété n'avait lieu que sous réserve d'un droit réel, démembrement de cette propriété, qui consistait dans des

(1) Baudry-Lacantinerie, *Albert Wahl*, II, p. 46 et suiv. M. Surville sous arrêt Cour de Poitiers, 19 février 1894. S. 1894, 2, 201.

prestations périodiques en nature, dont la quantité variait avec l'abondance de la récolte. Le bailleur pouvait exiger en outre du complantaire qu'il entretînt toujours la vigne en bon état de culture, sous peine de la reprendre : « Si aucun détenteur, dit en effet la coutume du Poitou, article 61, tient de son seigneur de fief, vignes qui sont tenues à complant, et elles sont demeurées à tailler et de serpe jusqu'aux fruits, ledit seigneur les peut de son autorité prendre et les fruits d'icelles, sans y appeler le détenteur, et icelles vignes tenir à son domaine, et les bailler s'il voit qu'il soit de faire (1). » C'est l'usage certain de la coutume ; Barraud, Liège et Filleau, tous auteurs spéciaux du Poitou, le déclarent formellement.

Ce droit réel, qui appartient au bailleur, suit l'immeuble en quelques mains qu'il passe ; mais « le détempteur de vignes à complant... les peut quitter et exponser au seigneur toutes les fois qu'il lui plaira, s'il n'y a convenance du contraire, en laissant au temps de l'exponsion lesdites vignes en l'état de façon que vignes doivent être (2) ».

Les lois de l'époque intermédiaire, notamment celles abolitives de la féodalité, ne portèrent atteinte au bail à complant que sur les points où il était en-

(1) Bouchereul : *Comment. sur la coutume du Poitou*, p. 202.
(2) Bouchereul, id., ibid.

taché de féodalité (1). En Poitou il survécut à la Révolution et conserva au profit du preneur le caractère translatif de propriété qu'il avait toujours eu.

Le droit du bailleur était lui-même immobilier au début; il conserva d'ailleurs ce caractère un certain temps, même quand on eut accordé au preneur la faculté de racheter les redevances foncières qu'il devait à titre de complant (2). C'est ce qui résulte de l'article 3, t. V. 5, de la loi des 18-29 septembre 1790 (3), car « la faculté de racheter les rentes foncières ne change rien à leur nature immobilière ». Mais la loi hypothécaire du 11 brumaire de l'an VII vint déclarer, dans son article 7, que les rentes constituées, les rentes foncières et les autres prestations déclarées rachetables, ne pouvaient plus à l'avenir être frappées d'hypothèque.

Enfin le Code civil lui-même, dans son article 529, apporta une nouvelle modification à l'état de la législation, en déclarant meubles les rentes et redevances foncières que la loi du 11 brumaire an VII avait déjà placées au nombre des biens insusceptibles d'hypothèque. Le bail à complant, pour lequel aucune

(1) Lois des 15-28 mars 1790, 27 août et 7 septembre 1792. S. *Lois annotées*, I, p. 15 et 201.

(2) Lois 15-28 mars 1790, art. 2, titre 3. L. 15-28 mars 1790, art. 3, t. V, l. 3, 9 mai 1790. S. *Lois annotées*, I.

(3) S. *Lois annotées*, I, p. 81.

exception n'avait été faite, tomba sous le coup de la règle générale.

En résumé, le bail à complant, dans les pays soumis à la coutume du Poitou, est un contrat translatif de propriété au profit du complantaire, lorsqu'il contient une concession perpétuelle. Par suite, on ne saurait appliquer au preneur les règles qui régissent les baux ordinaires (1). C'est d'ailleurs ce que décidait le tribunal de la Roche-sur-Yon lorsque, se faisant l'écho d'une opinion traditionnelle en Vendée, il déclarait ce bail essentiellement différent du bail à ferme, avec lequel il n'a de commun que le nom. Cette solution toutefois fut rejetée par la Cour de Poitiers dans un arrêt du 19 février 1894 (2). Nous ne nous l'expliquons guère cependant. Comment admettre en effet l'existence du droit, pour le complantaire, de céder son bail, à titre onéreux, à l'insu du bailleur et malgré lui ? Or ce droit, de tout temps, a été reconnu au complantaire. La loi du 8 mars 1898 sur les vignes à complant (3), édictée pour mettre un terme aux difficultés qui existent entre les bailleurs et les complantaires depuis l'apparition du phylloxera en

(1) Merlin : *Répert.*, v° *Vignes*. Troplong : *Traité du louage*, t. I, n. 59. Poitiers : 18 avril 1806, sous Cass. 10 octobre 1808. Cass., 9 août 1831. S. 1831, 1, 387. 11 février 1833. S. 1833, 1, 183.

(2) Poitiers, 19 février 1894. S. 1894, 2, 201.

(3) *Journal officiel*, 11 mars 1898.

France, consacre définitivement ce droit en disant dans son article 3 : « Toutes les fois que le colon d'une vigne à complant qui se trouve dans les conditions prévues à l'article 1 (destruction de la vigne par le phylloxera) ne pourra ou ne voudra la reconstituer, il aura la faculté de céder son droit à un tiers. Si ce tiers n'est ni l'ascendant ni le descendant du complanteur, le propriétaire du sol peut, à prix égal, user du droit de préemption. » Devant cette disposition nouvelle, il nous semble difficile, à l'heure actuelle, d'admettre, comme le font certains auteurs et comme l'a déclaré la Cour de Poitiers, dans son arrêt du 19 février 1894 (1), que le bail à complant ne transfère pas la propriété au preneur.

Le bailleur désormais ne pourra plus rentrer dans son bien qu'en versant de beaux deniers comptants, et s'il convient à son colon il ne le pourra jamais.

En effet, ainsi que le fait remarquer M. Taudière dans son rapport sur la question des vignes à complant, présenté à la réunion des agriculteurs de France le 10 janvier 1898 (2), « si le cessionnaire du droit de reconstituer le vignoble est ascendant ou descendant du complantaire, le propriétaire n'aura jamais la

(1) Arrêt précité et pourvoi en Cass. 11 février 1894. S. 1897, 1, 10.

(2) Rapport de M. Taudière sur la question des vignes à complant : *Bulletin de la Société des agriculteurs de France* du 1er mars 1898.

faculté d'user de son droit de reprendre la terre fût-ce à prix d'argent.

« Si le concessionnaire est un tiers non ascendant, ni descendant du preneur, l'article 3 donne au propriétaire le droit de reprendre son bien avant lui. Mais à quel prix? au prix qui en dehors de lui, en dehors de toute garantie d'estimation, aura été fixé entre le preneur et le tiers. La porte est trop évidemment ouverte à la collusion pour ne pas conclure que le bailleur aura son bien, seulement s'il plaît au preneur. »

III. *Bail à domaine congéable.* — Il est une autre sorte de bail, qui, en raison de sa nature toute spéciale et des droits qu'il confère au preneur, nous a semblé devoir attirer notre attention ; nous voulons parler du bail à domaine congéable. Introduit vraisemblablement en France vers le v^e^ siècle, à la suite de la deuxième migration des Bretons insulaires en Armorique, cette institution s'implanta en Bretagne et s'y développa rapidement, car elle était de beaucoup supérieure au servage. Grâce à elle, les Bretons insulaires reçurent des chefs de l'Armorique la concession de terres incultes, ce qui leur permit de s'implanter dans le pays et d'y vivre. Attaqué, au début de la Révolution, devant l'Assemblée constituante comme se rattachant à la féodalité, le domaine con-

géable lui survécut. Le contrat qui en était la source, ramené à son essence, n'avait en effet rien de commun avec le contrat de fief. « Le féage, remarquait Baudouin, en lui opposant le titre convenancier, présuppose essentiellement dans le bailleur un principe de féodalité : il suffit d'être propriétaire pour bailler à convenant. » D'ailleurs, en édictant la loi du 6 août 1791, le législateur eut la pensée de dégager le domaine congéable de toute empreinte accessoire de la féodalité. A peine cette loi était-elle appliquée que « l'Assemblée nationale, après avoir entendu le rapport de son comité de féodalité, considérant que la tenure connue dans les départements du Morbihan, du Finistère et des Côtes-du-Nord, sous les noms de convenant et domaine congéable, participe de la nature des fiefs, et qu'il est instant de faire jouir les domaniers de l'avantage de l'abolition du régime féodal (1) », décréta la loi des 27 août-7 septembre 1792. Elle proclama l'abolition de la tenure convenancière, et déclara les domaniers désormais propriétaires incommutables du fonds, comme des édifices et des superficies de leur tenure, avec faculté d'en racheter les rentes.

Cette loi n'eut qu'une durée éphémère ; dans le

(1) Décret des 27 août-7 septembre 1792, article 1. S. *Lois annotées*, 1789-1790, p. 201.

décret du 29 floréal an II, la Convention nationale déclara que les rentes convenancières étaient comprises dans la suppression des droits féodaux (1).

Enfin, la loi du 6 brumaire an VI rétablit le domaine congéable et stipula dans son article 2 que le décret rendu par l'Assemblée constituante les 30 mai, 1, 6 et 7 juin, 6 août 1791, serait exécuté selon sa forme et teneur.

La loi du 6 août 1791 est donc remise en vigueur, et depuis elle est restée « la charte du domaine congéable », jusqu'au 8 février 1897, époque à laquelle est intervenue une loi ayant pour but de faire droit aux réclamations adressées aux Chambres par les cultivateurs domaniers du Finistère, relativement à leur droit d'exponse.

Sans cette loi de 1791, qui seule l'empêcha de tomber sous le coup de l'abrogation des « coutumes générales et locales », prononcée par la loi du 30 ventôse an XII, le domaine congéable était aboli.

Le Code civil, en effet, avait passé cette institution sous silence, et depuis sa promulgation, le législateur ne s'en était occupé qu'une seule fois, d'ailleurs incidemment, en réglementant, par la loi du 19 avril 1831, le cens requis des électeurs politiques.

Recherchons donc ce qu'était cette institution.

(1) S. *op. cit.*, p. 201.

Dans l'usement de Cornouailles, le domanier jouissait des superficies et des édifices de ses tenures ; il pouvait en disposer comme de son héritage. Toutefois, cette propriété des superficies n'était ainsi élevée au rang de propriété foncière qu'à l'égard des étrangers ; vis-à-vis du propriétaire foncier, elle était toute mobilière ; il pouvait exercer sur elle la revendication des rentes qui lui étaient dues en qualité de propriétaire. De là découlait pour lui le droit imprescriptible de se ressaisir des superficies créées ou existantes sur le fonds, en congédiant le domanier, à des termes réglés ou convenus, et en lui remboursant les valeurs des superficies qui lui appartiennent. Si le propriétaire foncier pouvait autrefois disposer de sa tenure et la ressaisir à toute occasion, il n'en est plus ainsi depuis que s'est introduit l'usage des baillées ; par elles, en effet, le droit de congément se trouve suspendu pour tout le temps de leur durée, « de sorte que le foncier et le superficiaire, au lieu d'être placés dans la position connue de propriétaire à fermier, se trouvaient bien plus exactement placés dans la condition très indépendante de deux associés, dont l'un donne le fonds et l'autre son travail, son industrie, ses capitaux, avec la faculté d'élever sur le sol une propriété bâtie, que la loi commune régit comme le fonds lui-même, sauf quand le propriétaire de

celui-ci n'est pas payé de son dû, et que les superficies propriétés de l'associé perdent leur caractère d'immeubles pour devenir meubles à l'égard du foncier, qui, par privilège, a son revenu hypothéqué sur cette valeur même (1). »

La propriété superficiaire du domanier, dans le droit ancien, fut donc toujours considérée comme immobilière et par suite susceptible d'hypothèque (2). Le domaine congéable, disait Rosmar, est d'une nature hétérogène et diverse, car entre le seigneur et le vassal, colon, convenancier, ou domanier, c'est meuble ; et entre les héritiers, veuves et créanciers du colon, c'est immeuble ; d'où il tire cette conclusion que les édifices et les superficies sont susceptibles d'hypothèques, mais que les hypothèques créées sans la participation du foncier ne lui peuvent préjudicier. La loi de 1791 lui conserva ce caractère traditionnel. Elle autorise en effet, dans son article 3, les domaniers à aliéner les édifices et superficies de leurs tenures pendant la durée du bail, sans le consentement du propriétaire ; puis, dans son article 9, elle déclare que, « dans toutes les successions directes ou collatérales qui s'ouvriront à l'avenir, les édifices

(1) A. du Châtellier: *de quelques Modes de la propriété en Bretagne.* Académie des sciences morales et politiques, 1861.

(2) M. Paul Henry : *la Loi bretonne du 23 novembre* 1896. *Revue critique*, 1897, p. 42 et suiv.

et superficies des domaniers seront partagés comme immeubles selon les règles prescrites par la coutume générale de Bretagne et par les décrets déjà promulgués ou qui pourront l'être par la suite comme lois générales par tout le royaume. »

« Il en sera de même pour le douaire des veuves des domaniers, pour les sociétés conjugales, et pour tous les autres cas, les édifices et superficies n'étant réputés meubles qu'à l'égard des propriétaires fonciers (1). »

Sous l'empire de la loi de 1897, les édifices et superficies appartenant au domanier sont encore réputés alternativement meubles ou immeubles, suivant le point de vue auquel on se place. Dans les rapports du domanier avec les tiers, la propriété édificière est un immeuble, soumis à toutes les lois qui régissent les biens de cette nature ; par suite, elle peut servir d'assiette à l'hypothèque. A l'égard du propriétaire foncier, au contraire, elle est essentiellement mobilière ; ce caractère se manifeste en particulier lorsque le foncier en opère la saisie et la fait vendre, pour se payer du montant de ses redevances.

Tant que les deux propriétés demeurent distinctes, les créanciers hypothécaires du domanier ne courent

(1) S. *Lois annotées, op. cit.*, p. 201.

aucun risque; ils peuvent exercer, entre les mains de leur débiteur, les droits attachés à leur créance. Mais si la vente s'opère, leur sûreté disparaît; il en était ainsi du moins sous la législation antérieure; après une vente sur bannies, ou lorsque la consolidation du domaine s'opérait par congément ou exponse, le droit des créanciers hypothécaires ne pouvait plus s'exercer; l'indemnité de congément devenait le gage commun de tous les créanciers, même chirographaires.

Reposant sur des bases aussi fragiles, cette hypothèque ne pouvait être pour le domanier un sérieux moyen de crédit. Aussi M. de Gourvil, dans l'exposé des motifs de sa proposition de loi, résumant devant le Parlement les plaintes des domaniers, disait-il : « 5° Enfin les domaniers se plaignent de ce qu'ils rencontrent de grandes difficultés à pouvoir emprunter hypothécairement sur la garantie de leurs droits convenanciers, par la raison que l'hypothèque par eux consentie peut s'évanouir en certains cas (1). » Pour obvier à cet inconvénient et favoriser le crédit du domanier, M. de Gourvil, dans l'article 5 de sa proposition de loi, demanda qu'après congément ou vente sur bannies, un droit de préférence fût accordé aux créanciers hypothécaires sur le prix

(1) *Journal officiel* du 24 mai 1893.

des droits édificiers. Dans son article 11, la loi de 1897 fit droit à cette demande et étendit même les effets de l'hypothèque à l'indemnité de l'exponse nouvelle. De cette innovation, les créanciers chirographaires ne sont pas autorisés à se plaindre; l'indemnité d'exponse ou de congément, ainsi que le faisait remarquer M. Grivart dans son rapport au Sénat, n'est que « la représentation de la propriété des édifices et superficies grevés par le colon du droit de préférence, au profit du créancier hypothécaire ». La loi du 19 février 1889 a d'ailleurs décidé que les indemnités quelconques d'assurance contre les risques divers qui peuvent affecter les immeubles, seraient attribuées sans qu'il soit besoin de délégation expresse, aux créanciers privilégiés ou hypothécaires, suivant leur rang (1).

Si notre loi a innové sur ce point, elle est demeurée du moins fidèle à la tradition qui déclarait la propriété superficiaire meuble vis-à-vis du propriétaire foncier. L'hypothèque consentie par le domanier sur ces droits convenanciers, sera donc sans effet à l'égard du foncier. Les créanciers du domanier ne pourront se prévaloir de leur hypothèque que lorsque le foncier aura été complètement désintéressé ; alors seulement ils pourront exercer leur

(1) *Journal officiel*, 1896, doc. parlem., p. 272.

droit de préférence sur le reliquat de la somme. Comme le fait remarquer M. Carré, « de même que tout propriétaire de biens ruraux a, aux termes de l'article 2102 du Code civil, un privilège pour prix de la ferme sur tous les meubles que le fermier a dans ses maisons, métairies ou fermes, de même le propriétaire foncier a un privilège sur les édifices et superficies (1). »

§ III. — *Du droit pour les compagnies de chemins de fer d'hypothéquer les lignes qu'elles ont construites.*

Des baux que nous venons d'étudier, et surtout du bail emphytéotique, nous pouvons rapprocher le droit des compagnies de chemins de fer sur les lignes qu'elles ont construites. Ce droit, qui est l'objet d'une concession, a une ressemblance telle avec celui de l'emphytéote que M. Bethmont, dans son rapport au Conseil d'Etat sur le projet relatif à la réforme hypothécaire de 1850, proposait d'admettre que « les longues jouissances concédées par l'Etat sur les terrains destinés à l'établissement des chemins de fer fussent considérées comme des droits emphytéotiques sur lesquels l'hypothèque peut s'asseoir (2). »

(1) Carré : *Etudes des lois relatives aux domaines congéables.*

(2) Rapport, p. 38. *Impress. de l'Assemblée nation.*, annexe au n. 915. Dalloz : *Jur. gén., Privil. et hypoth.*

Bien que ce projet ne fût pas adopté, les compagnies concessionnaires ne peuvent-elles pas constituer sur le sol du chemin et sur les immeubles qui en dépendent, ou du moins sur la concession et les droits qui en dérivent, une hypothèque au profit de leurs créanciers ?

Répondre à cette question, c'est rechercher la nature des droits conférés aux compagnies. Or, la solution a varié avec les époques, suivant l'incompatibilité plus ou moins grande que l'on a établie entre le domaine privé et le domaine public. Dans l'ancien droit, une question identique s'était présentée relativement aux grands canaux (1); la concession conférait alors la propriété utile au concessionnaire. De nos jours, il n'en est plus de même ; nous distinguons nettement le domaine privé du domaine public, alors qu'autrefois on faisait volontiers la confusion entre les choses qui pouvaient être l'objet d'un véritable droit de propriété au profit du souverain, et celles qui n'étaient que placées sous sa garde et surveillance, dans l'intérêt public (2).

M. Dumay a essayé, ces temps derniers, de faire revivre une partie de cette théorie, en prétendant

(1) Canal de Briare, ordonnance de septembre 1638. Canal de navigation et de desséchement entre Beaucaire et Agde, 1644. Canal du Midi, 1666 ; d'Orléans et du Loing, mars 1679.

(2) Ducrocq : *Cours de Droit administratif*, t. III, p. 271, 5e édit.

que la domanialité publique n'exclut pas certains droits au profit des particuliers. D'après lui, dès qu'un bien se trouve affecté à un usage public, il fait partie des dépendances du domaine public, et tout ce qui reste étranger à ce domaine reste susceptible de propriété privée. « N'est-il pas manifeste, dit-il, qu'une route, un fleuve, un canal comprend deux choses distinctes, d'une part la surface solide ou le volume liquide, grâce auquel s'opère la circulation, d'autre part le fonds même sur lequel repose la route ou qui sert de contenant au volume liquide du fleuve ou du canal? Or ce fonds n'est-il pas intellectuellement distinct de la route ou du canal? N'y trouvons-nous pas la matière d'une propriété susceptible de valoir pour tout ce qui ne portera pas atteinte au droit d'usage, unique attribut du domaine public (1)? »

Cette théorie, certes, serait très avantageuse au crédit des compagnies de chemins de fer, car elle leur permettrait de constituer une hypothèque sur leur concession ; mais elle nous semble en opposition avec la législation actuelle. Il est un point que les travaux préparatoires de la loi du 15 juillet 1845 et le texte même de cette loi mettent hors de doute,

(1) Dumay, *Etude sur les concessions de chemin de fer,* ch. IV, p. 156 et suiv.

c'est le classement des voies ferrées dans le domaine public (par voies ferrées nous entendons ici le sol même). L'art. 1 du projet présenté par le gouvernement à la Chambre des pairs, en 1845, disait : « les lois et règlements sur la grande voirie des routes de terre sont déclarés applicables aux chemins de fer, sauf les modifications ci-après (1). » A cette rédaction M. Barthélemy proposa un amendement, adopté d'ailleurs après de très vives discussions, mais au cours desquelles tous les orateurs déclarèrent que les chemins de fer faisaient partie de la grande voirie, et par conséquent du domaine public. Puisque le sol des chemins de fer fait partie du domaine public, il est, nous le savons, hors du commerce, et dès lors insusceptible d'hypothèque.

Malgré cela, on a essayé en 1850, lors de la discussion relative aux réformes à introduire au régime hypothécaire, d'accorder aux compagnies un droit réel sur leurs lignes, analogue à celui de l'usufruitier. Le projet n'a pas abouti. La jurisprudence, d'ailleurs, a toujours réagi contre ces tendances. Dans un jugement du 27 juillet 1850 (2), le tribunal de la Seine avait décidé que les concessionnaires des chemins de fer de Sceaux n'étaient pas fondés à

(1) *Moniteur* du 2 février 1844. V. aussi *Moniteur* des 31 mars, 2 avril et 25 juin 1844.

(2) D. 1850, p. 78.

pratiquer une saisie immobilière, parce que cette concession ne constituait pas un droit réel immobilier. La Cour de cassation, saisie de la question, déclara, dans un arrêt longuement motivé du 15 mai 1861 (1), que les chemins de fer étaient une dépendance du domaine public, que le droit de jouissance des compagnies, quelles que soient sa durée et son importance, n'avait jamais le caractère d'un usufruit, d'une emphytéose ou de tout autre droit analogue, emportant un démembrement de la propriété publique ; mais que c'était un droit purement mobilier. Tel fut encore le sens de l'avis donné le 5 novembre 1874 par le Conseil d'Etat, lorsqu'il eut à se prononcer sur la validité d'une clause insérée par un conseil général au cahier des charges d'une concession de chemin de fer d'intérêt local, clause en vertu de laquelle on stipulait une hypothèque au profit du département pour le garantir de ses droits, tout en reconnaissant aussi l'existence d'une autre hypothèque au profit des porteurs d'obligations.

Dans l'état actuel de notre législation, il est impossible de reconnaître aux compagnies concessionnaires un droit d'hypothèque sur leurs lignes. Cette solution découle non seulement de la nature du domaine public dont les lignes de chemins de fer

(1) D. 1861, 1, 225. — Cass., 5 novembre 1867. D. 1868, 1, 117.

font partie, mais encore de la nature du droit et des obligations qui naissent de la concession, au profit de la compagnie concessionnaire. Tant que la ligne est en construction, le concessionnaire n'est qu'un entrepreneur de travaux publics. En vertu du cahier des charges, il est obligé d'exécuter les travaux de construction de la ligne et des stations, dans un délai déterminé. La voie achevée, il devient entrepreneur d'un service de transport; il doit exploiter la ligne. Pour l'indemniser des travaux et des dépenses qu'il a faits, il perçoit, pendant tout le temps de la concession, les droits de péage et de transport. Enfin, lors de l'expiration du traité, le gouvernement reprend possession du chemin de fer et entre en jouissance de ses produits (1). En résumé, la concession faite aux compagnies n'est autre chose qu'un monopole d'exploitation. Aussi les auteurs sont-ils à peu près unanimes à reconnaître que les lois du 15 juillet 1840 et 9 août 1847, en parlant d'hypothèque ou de privilège à propos des chemins de fer, sont en opposition avec les principes généraux du droit en matière hypothécaire. Certains cependant prétendent qu'il est tout naturel que le législateur ait

(1) Guillouard : *Privilèges et Hypothèques*, II, p. 179, n. 659. — Aucoc, *Revue critique*, année 1876, p. 81-89. — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, p. 44, n. 943.

permis d'hypothéquer le droit de concession, parce qu'il constitue dans le patrimoine du concessionnaire une valeur aliénable, et que, d'après eux, l'aliénabilité est la seule qualité indispensable à un droit pour être susceptible d'hypothèque.

Quoi qu'il en soit, la loi de 1847 n'est qu'une loi d'exception, s'appliquant à un cas spécial, et il nous faut reconnaître que l'hypothèque des concessions de chemins de fer, qu'il s'agisse de grandes compagnies ou de chemins de fer d'intérêt local, n'existe pas en France. Cette solution découle nettement des principes généraux du droit, puisque les concessionnaires n'ont jusqu'à présent aucun droit de propriété ou d'usufruit sur le sol des chemins de fer, partie du domaine public de l'Etat.

§ IV. — *De l'Hypothèque de l'Hypothèque.*

L'hypothèque, droit réel sur les immeubles, d'après l'article 2114 du Code civil, ne peut-elle pas être donnée elle-même en hypothèque?

En droit romain, bien qu'on ne permit pas l'hypothèque de la chose d'autrui, et bien que l'hypothèque restât la propriété du débiteur, l'affirmative était admise. Un débiteur pouvait donner en gage à son propre créancier la créance qu'il avait contre un

tiers. Grâce à ce procédé, le créancier sous-gagiste avait, outre son action personnelle contre le débiteur, l'avantage de l'hypothèque garantissant la créance qui lui avait été remise en gage. Parfois aussi, le débiteur conservant l'exercice de son action personnelle contre son propre débiteur, affectait par hypothèque à son créancier la chose qui lui avait été hypothéquée à lui-même. Cette seconde hypothèque était établie sur le même bien que la première, mais en sous-ordre ; le second créancier avait droit à tout l'émolument jusqu'à concurrence de sa créance ; le surplus revenait au créancier primitif (1). Le second créancier devait dénoncer son droit au débiteur primitif, qui dès lors ne pouvait plus payer qu'entre les mains du sous-gagiste, sous peine de s'exposer à un recours de la part de ce dernier (2).

Nous retrouvons dans notre droit coutumier l'hypothèque de l'hypothèque ; mais le système romain s'efface presque complètement pour faire place à une pratique qui très longtemps fut usitée dans le Parlement de Paris, où elle était connue sous le nom « d'opposition en sous-ordre ».

Si une saisie réelle était pratiquée sur les biens d'un débiteur, les créanciers hypothécaires autres

(1) L. 13, § 2. D. *de pign. et hyp.*, XX, 1. L. 1, C. *Si pignus pign. datum est*, VII, 24.

(2) L. 4, C. *quæ res obl. possunt*, VII, 17.

que le poursuivant, devaient pour conserver leur rang sur le prix du bien vendu, faire « opposition à fin de conserver ». Grâce à cela, l'opposant gardait le bénéfice de tous ses droits privilégiés ou hypothécaires (1). Ce dernier pouvait lui-même être débiteur, son créancier avait alors la faculté de faire opposition en sous-ordre. Ainsi, le créancier du premier opposant empêchait son débiteur de toucher la somme pour laquelle il avait été colloqué, avant qu'il lui ait payé le montant de sa créance. En effet, dit Pothier, « le sous-ordre est l'ordre dans lequel la somme pour laquelle un créancier a été colloqué utilement, est distribuée entre les créanciers de ce créancier (2). »

Si la collocation à l'ordre par le débiteur était suffisante pour désintéresser tous ses créanciers, il n'y avait aucune difficulté ; ils étaient tous intégralement payés. Mais dans le cas où la collocation était insuffisante, comment distribuait-on aux sous-créanciers la somme pour laquelle leur débiteur commun avait été colloqué : était-ce par ordre d'hypothèque, ou au contraire par voie de contribution ? Poser cette question, c'est se demander quelle est la nature des

(1) Ferrière : *Corps de tous les commentateurs sur la coutume de Paris*, t. IV, p. 1271, note 4. — Pothier : *Procédure civile*, IV, chap. II, sect. 5, art. 7, § 3.

(2) Pothier : *Procédure civile*, IV, ch. II, sect. 5, art. 12, § 3. — *Introduct. à la coutume d'Orléans*, 1, 21, § 17, n. 141.

droits des créanciers sur les créances hypothécaires de leurs débiteurs.

La solution variait suivant les pays. Sous l'empire des coutumes d'Anjou, du Maine, de Bretagne et de Normandie, on procédait à la distribution des deniers par ordre d'hypothèque. Dans ces coutumes où on admettait, ainsi que nous le verrons, l'existence de l'hypothèque sur les meubles, les créanciers hypothécaires pouvaient faire valoir leurs droits de préférence sur l'émolument des créanciers, comme sur tout autre bien entrant dans le patrimoine du débiteur.

Dans la majorité des coutumes, au contraire, on n'admettait point l'hypothèque des meubles ; par suite, le prix des immeubles seul était distribué par ordre hypothécaire, le prix des meubles était partagé par contribution. Cette règle demeura en vigueur en ce qui concerne les créances chirographaires ; mais le Parlement de Paris lui fit subir une modification relativement aux créances hypothécaires. Il décida que les créanciers seraient colloqués dans le sous-ordre, suivant leur rang d'hypothèque, parce qu'en faisant opposition, les créanciers du créancier saisi exercent un droit réel qu'ils ont sur le bien engagé à leur débiteur ; leur opposition porte sur le bien hypothéqué et non pas sur la collocation.

Cette jurisprudence, qui demeura constante dans

le ressort du Parlement de Paris, malgré les vives attaques dont elle fut l'objet, fut généralisée par l'édit de Colbert de 1673. De plus, une déclaration royale du 30 décembre 1681 ordonna que les deniers, résultant de l'exercice des créances dotales, fussent distribués entre les créanciers hypothécaires des femmes, suivant le rang de leur hypothèque. Désormais les créances hypothécaires devinrent donc pour leurs propriétaires de sérieux moyens de crédit.

Si la doctrine du Parlement de Paris fut généralement admise, on ne s'accorda pas au début sur le point de savoir si l'opposition en sous-ordre portait sur le montant de la collocation ou sur l'immeuble décreté. Pothier fit cesser l'équivoque en expliquant pourquoi la collocation obtenue par un créancier devait être répartie par ordre entre ses propres créanciers. A l'objection tirée du fait que la somme pour laquelle le créancier était colloqué, était une chose mobilière, insusceptible d'hypothèque, dont la distribution entre les créanciers ne pouvait avoir lieu par suite qu'au marc le franc, il répondait en établissant une distinction entre l'hypothèque, droit immobilier, et la créance garantie, droit mobilier. « En effet, ce n'est pas la créance mobilière que les créanciers arrêtent par leur opposition qu'ils forment en sous-ordre, mais c'est le droit d'hypothèque que le

débiteur avait dans les biens saisis réellement (1). » Ce droit étant immobilier, il peut être lui-même hypothéqué, suivant la règle *pignus pignori dari potest.*

De la théorie de Pothier nous pouvons tirer deux conséquences : 1° l'hypothèque figure au nombre des immeubles fictifs; 2° tout immeuble fictif étant susceptible d'hypothèque, le droit d'hypothèque peut être lui-même hypothéqué. Mais observons avec M. Beudant que « dans la pensée de Pothier la formule nouvelle n'a pas la portée qu'on lui donnerait volontiers avec notre langage moderne. Si l'hypothèque devient susceptible d'hypothèque, ce n'est qu'au profit de ceux auxquels tous les biens du débiteur sont engagés ; jamais il n'a été question d'hypothéquer spécialement un droit d'hypothèque à l'instar des immeubles réels ou fictifs (2). »

Cet état de choses subsista jusqu'à l'époque de notre droit moderne. La loi du 9 messidor an III admit les sous-ordres et les oppositions en sous-ordres, et en réglementa la procédure ; mais contrairement à ce qui avait été établi par le Parlement de Paris, elle décida que : « dans le concours de plusieurs opposants en sous-ordre sur un même débiteur, au cas d'insuffisance pour le solder, il n'y a lieu à aucune

(1) Pothier : *Introduct. à la cout. d'Orléans,* tit. 21, § 17, n. 142.

(2) Beudant : *Subrogation aux droits d'hypothèque et des sous-ordres, Revue critique,* année 1866, p. 30 et suiv.

distinction, aucune préférence, ni ordre d'hypothèque sur les deniers qui lui appartiennent, lesquels doivent être distribués entre eux au marc la livre » (art 90). Cette loi ne fut jamais appliquée, mais le législateur de 1858 la remit en vigueur, car il en reproduisit la pensée, sinon les termes exacts. En vertu de l'article 775 du Code de procédure, désormais « tout créancier pourra prendre inscription pour conserver les droits de son débiteur; mais le montant de la collocation du débiteur sera distribué comme chose mobilière entre tous les créanciers inscrits ou opposants avant la clôture de l'ordre ». La règle était formelle ; après quelques hésitations, la pratique s'y soumit. Aujourd'hui, la distribution du montant de la collocation, en cas d'insuffisance à désintéresser tous les créanciers d'un créancier, ne se fait plus par voie d'ordre, mais par voie de contributions. Il ne saurait donc plus être question d'hypothéquer l'hypothèque (1).

Le créancier qui a besoin de crédit ne pourra-t-il donc plus offrir en garantie son droit de préférence immobilier ?

Rien ne l'empêche de donner sa créance en gage, en se conformant aux prescriptions des articles 2074

(1) Persil, I, sur l'art. 2118. Grenier, I, n. 157. Duranton, XIX, n. 272. Troplong, II, n. 407. Aubry et Rau, III, p. 126, § 259. Laurent, XXX, 218. Colmet de Santerre, IX, n. 78 bis. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, p. 49, n. 947. Guillouard, II, p. 191, n. 675.

et 2075. Le créancier gagiste pourra se prévaloir de tous les avantages attachés à la créance, notamment de l'hypothèque qui la garantit. De plus, par les cessions d'hypothèque et les subrogations, la pratique a trouvé le moyen de donner aux ayants cause du créancier, sous le nom de subrogés, les droits que l'article 775 du Code de procédure avait pour but de leur enlever, sous le nom de créanciers. Grâce à la subrogation, en effet, le créancier subrogé est autorisé à exercer, à son profit, l'hypothèque dont le créancier pouvait se prévaloir par lui-même.

De ce que l'hypothèque est un droit accessoire, on a voulu conclure qu'elle ne peut pas être détachée de la créance qu'elle garantit, pour faire l'objet d'une cession et devenir la garantie d'une autre créance (1).

Cette conception du système hypothécaire nous semble en opposition avec l'article 1278 : au cas de novation d'une créance, ce texte en effet déclare éteints, avec l'obligation primitive, les privilèges et hypothèques qui en étaient l'accessoire, à moins que le créancier ne les ait expressément réservés. La loi autorise donc les parties à transférer ces sûretés à l'obligation nouvelle. Ce que les parties peuvent

(1) Aubry et Rau, III, p. 455, § 228. Proudhon : *Usufruit*, n. 2236. Mourlon : *des Subrog.*, n. 585. Servin : *Revue critique*, 1862, p. 504. Laurent, XXXI, n. 324 et 325. Cass., 25 janvier 1853. S. 1853, 1, 423.

faire par une novation, pourquoi ne pourraient-elles pas le faire par toute autre convention, alors que sous l'empire de notre législation la liberté des contractants ne connaît d'autres limites que l'ordre public, les bonnes mœurs et la prohibition de la loi ? Enfin, nous pouvons encore invoquer à l'appui de notre doctrine l'article 9 de la loi du 23 mars 1855, qui permet à la femme mariée de céder son hypothèque.

CHAPITRE IV

MEUBLES N'ONT PAS DE SUITE PAR HYPOTHÈQUE

Pour compléter notre étude relative aux biens susceptibles d'hypothèque, il nous faut examiner l'article 2119 du Code civil, et rechercher quel sens il convient de lui donner. « Les meubles n'ont pas de suite par hypothèque, » nous dit ce texte ; mais en présence des articles 2114 et 2118, cette disposition n'est-elle pas inutile ? Bien plus, elle est embarrassante : le législateur, par cette formule, ne semble pas écarter complètement l'hypothèque des meubles, il ne répudie que le droit de suite. Faut-il donc prendre à la lettre l'article 2119 et dire que, si le législateur interdit l'hypothèque des meubles au point de vue du droit de suite, du moins il la laisse subsister au point de vue du droit de préférence, de telle sorte qu'au cas de la répartition de la valeur des meubles entre les divers créanciers du débiteur, ses créanciers hypothécaires seraient préférés aux autres ?

Nous ne saurions admettre cette solution qui serait en opposition avec les articles 2114 et 2118. La vérité c'est que les meubles ne peuvent être hypothéqués en aucune manière, pas plus au point de vue du droit de préférence que du droit de suite.

Quel sens convient-il donc alors d'attribuer à l'article 2119 ? Pour le découvrir il faut remonter dans l'histoire. En droit romain, tout ce qui était dans le commerce et pouvait être aliéné, était susceptible d'hypothèque : *Quod emptionem venditionemque recepit, etiam pignorationem recipere potest*, disait Gaïus (1). Martien formulait la même idée en disant : *Eam rem quam quis emere non potest quia commercium ejus non est, jure pignoris accipere non potest* (2). A Rome donc, il n'y avait pour les meubles et les immeubles qu'un même régime hypothécaire. Le créancier avait le droit de suite, *jus persequendi pignoris*, aussi bien sur les meubles que sur les immeubles, et le droit de préférence lui était accordé aussi bien sur les uns que sur les autres par un texte du digeste : *In pignore placet si prior convenerit de pignore, licet posteriori res tradatur adhuc potiorem esse priorem* (3).

(1) L. 9, § 2. *De pignor. et hypoth.*, XX, 1.

(2) L. 1, § 2. D. *Quæ res pignore vel hypothecæ datæ obligari non possunt.*

(3) L. 12, § 10. D. *Qui potiores in pignore vel hypothecæ habeant*, XX, IV.

Cette règle passa dans notre droit coutumier; mais elle y subit de nombreuses modifications et finit même par être rejetée complètement. Nous la retrouvons en vigueur dans quelques coutumes, notamment celles d'Anjou, du Maine, de Bretagne et de Normandie ; mais désormais l'hypothèque des meubles n'est plus qu'une hypothèque « impropre et débile », comme le dit Loyseau. Le créancier hypothécaire conserve bien dans ce cas son droit de préférence, mais il se voit refuser le droit de suite ; l'hypothèque des meubles ne produit plus d'effet contre le tiers acquéreur (1). Aussi Loyseau a-t-il dit : « En France c'est une vieille règle du droit coutumier et comme un proverbe de pratique que meuble n'a point de suite par hypothèque, termes qui excluent ces deux effets de la suite d'hypothèque et importent que l'acquéreur du meuble hypothéqué n'en peut être inquiété et aussi que la suite d'ordre d'hypothèque n'a lieu aux meubles entre plusieurs créanciers auxquels ils sont hypothéqués (2). »

Cette réforme partielle était insuffisante, si bien que le droit commun des coutumes fit disparaître l'hypothèque des meubles d'une manière absolue. Loyseau nous en donne trois raisons, et leur exac-

(1) V. Ferrière : *Glose sur la cout. de Paris*, p. 1349.
(2) Loyseau : *des Offices*, livr. III, ch. v, n. 22.

titude est telle que, de nos jours encore, nous les pouvons invoquer pour répudier l'hypothèque des meubles. « L'une, dit-il, c'est que les meubles n'ont pas une substance permanente et stable comme les immeubles, et partant ne sont ni propres à recevoir en soi par la simple convention et sans qu'ils soient actuellement occupez le caractère d'hypothèque et à conserver ses effets... L'autre que les meubles peuvent facilement et sans incommodité être mis ès mains du créancier les lui baillant en gage..... La troisième est que si les meubles avaient d'autre part hypothèque en vertu de la simple convention... le commerce serait grandement incommodé, même aboly presque tout à fait, parce qu'on ne pourrait pas disposer d'une épingle, d'un grain de bled sans que l'acheteur en pût être évincé par tous les créanciers du vendeur (1). » La majorité des coutumes supprima donc l'hypothèque des meubles, sans réserve aucune; c'est ce que déclarent tous les anciens auteurs. A cela rien de surprenant; mais ce qui est singulier, c'est que ces coutumes formulent leur principe dans les mêmes termes que celles qui admettent l'hypothèque imparfaite en disant : meubles n'ont pas de suite par hypothèque. Cette maxime célèbre avait donc un double sens qui variait suivant les pays.

(1) Loyseau : *des Offices*, livr III, ch. v, n. 23 et suiv.

Si nous en demandons l'explication aux jurisconsultes des pays coutumiers, nous n'obtenons que des réponses peu satisfaisantes ; la langue juridique, alors en pleine période de formation, est loin d'être claire. Si nous nous reportons à la coutume de Paris, nous y voyons la maxime formulée en ces termes : « Meubles n'ont pas de suite par hypothèque quand ils sont hors la possession du débiteur. » Certes les rédacteurs de la coutume répudient bien le droit de suite proprement dit, contre le tiers acquéreur, mais ne consacrent-ils pas le droit de préférence hypothécaire des meubles ? Il n'en est rien ; la coutume de Paris n'admet en aucune façon le droit de collocation par ordre d'hypothèque sur les meubles ; le témoignage des anciens jurisconsultes nous en est garant. Brodeau, rapporté par Ferrière dans sa *Glose sur la coutume de Paris*, nous dit : « Ces termes : hors la possession du débiteur, ne signifient pas que les meubles ont suite par hypothèque quand ils sont en la possession du débiteur en sorte que les créanciers du débiteur viennent par ordre de leur hypothèque sur le prix provenant de la vente du meuble saisi... parce que les arguments *a contrario sensu* sont ordinairement vicieux et qu'on n'en tire souvent que de mauvaises conséquences, et le véritable sens est que quand les meubles sont hors la possession du débiteur par une réelle et actuelle

aliénation qu'il en aurait faite, le créancier ne les peut pas saisir, mais qu'il peut les saisir et exécuter pour être juge de son dire tant qu'ils sont en sa possession (1). » Or cette expression est employée dans un sens large. Il faut entendre par là, ainsi que l'a dit M. Valette, « le droit général de gage qui appartient au créancier sur tous les biens de son débiteur, c'est-à-dire, le droit d'exécution forcée sur toutes ses faces diverses, telles que droit de saisie, de vente et de collocation, soit au marc le franc, soit dans un certain ordre de préférence, suivant la qualité du titre et la nature des biens. Aussi, les biens sont-ils meubles, la collocation des créanciers s'opère au marc la franc, sauf la préférence due au premier saisissant; mais s'agit-il d'immeubles, les créanciers munis de titres authentiques sont colloqués par préférence, suivant l'ordre de leurs titres; car telle est la force particulière que le droit coutumier attribue aux actes de l'autorité publique (2). » En déclarant dans son article 170 que les meubles n'ont pas de suite par hypothèque, quand ils sont hors la possession du débiteur, la coutume de Paris enlève au créancier tout droit et exécution forcée sur les meubles que son débiteur a

(1) Ferrière : *Glose sur la coutume de Paris.*

(2) Valette : *Mélanges de droit, de jurisprudence et de législation*, I, p. 249 et suiv.

transférés à des tiers ; elle fait donc complètemen disparaître l'hypothèque des meubles. Cette solution est d'ailleurs conforme à la jurisprudence du Parlement de Paris, qui ne laissait jamais poursuivre hypothécairement les héritiers d'un défunt, soit pour une promesse mobiliaire, soit pour une rente, si le débiteur n'avait laissé que de simples meubles (1).

Si maintenant nous consultons la coutume d'Orléans, nous voyons qu'au lieu de donner au mot hypothèque le sens que lui donne la coutume de Paris, elle lui attribue celui que nous lui reconnaissons aujourd'hui. En effet, après avoir dit que les meubles n'ont point de suite par hypothèque, les rédacteurs de la coutume d'Orléans ont ajouté : « En manière que celui des créanciers qui premier fait ses diligences par exécution ou arrêt sur les meubles de son débiteur, est à préférer à tous créanciers postérieurs en diligence supposés qu'ils fussent précédents en hypothèque, sinon qu'il y ait déconfiture ou privilège. » Dans ces quelques lignes, les rédacteurs de la coutume ont nettement exprimé qu'ils n'entendaient en aucune façon reconnaître, au profit des créanciers, un droit de préférence sur les

(1) Bacquet : *des Droits de justice*, ch. XXI, n. 264. Basnage : *Traité des hypothèques*, p. 57.

meubles ; pour eux ce droit n'existe qu'au profit du premier saisissant ou du créancier privilégié.

Les rédacteurs du Code civil ont reproduit dans l'article 2119 la maxime « meubles n'ont point de suite par hypothèque » ; mais quel sens ont-ils entendu lui donner ? Evidemment, ce ne pouvait être celui des coutumes qui admettaient l'existence du droit de préférence sur les meubles, ni même celui qu'on lui donnait dans la coutume de Paris où on entendait restreindre, seulement quant aux meubles, la force du titre exécutoire. En présence de l'article 2114, qui fait désormais de l'hypothèque un droit réel sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation, et de l'article 2118 qui confirme encore la nature immobilière de ce droit, notre article veut tout simplement dire que les meubles ne sont pas susceptibles d'hypothèque, comme le déclarait la coutume d'Orléans. D'ailleurs il a été emprunté à cette coutume, car sur ce point comme sur bien d'autres, les rédacteurs du Code ont pris comme guide Pothier, qui était le commentateur habituel de la coutume d'Orléans.

S'il en est ainsi, objectera-t-on, l'article 2119 devient absolument inutile ; il est une superfluité dans notre Code. Certains interprètes ne pouvant admettre qu'un texte du Code civil soit inutile, lui ont cherché une utilité pratique. D'après eux, il aurait son

application dans le cas où une hypothèque affecte un immeuble par destination et que cette immobilisation cesse par suite de la séparation qu'en fait le propriétaire, soit pour les aliéner, soit pour les employer à un autre usage. « Il est clair, dit M. Duranton, que sous le Code la règle : les meubles n'ont pas de suite par hypothèque, n'aurait aucun sens appliquée aux meubles ordinaires, puisqu'ils ne peuvent être hypothéqués; dès lors il allait de soi qu'ils ne puissent être suivis par voie d'hypothèque, il eût donc été inutile de le dire. Elle doit être entendue des meubles qui étaient devenus immeubles par destination, et qui ont été affectés de l'hypothèque avec l'immeuble, mais qui une fois séparés du fonds ne peuvent être suivis par voie d'hypothèque, parce que par la séparation ils ont repris le caractère de meubles ordinaires (1). » Ce sont, par exemple, des machines d'imprimerie qui étaient immeubles par destination; si elles sont vendues comme machines, le créancier hypothécaire ne pourra nullement se prévaloir de son titre.

Toutefois, nous ne saurions partager cet avis ; rien dans le texte, ni dans les discussions de la loi, n'autorise une semblable interprétation. S'y arrêter

(1) Duranton, XIX, n. 280. Delvincourt, III, p. 157. Demante, III, n. 961

nous semblerait d'autant plus difficile que, même entendue de cette façon, la disposition de notre article n'en serait pas moins surabondante. En effet, si les meubles, d'abord immobilisés, reprennent, par le fait de la séparation, leur caractère primitif, c'est qu'ils rentrent dans la règle générale ; il en résulte qu'ils sont insusceptibles d'hypothèque. Comment, en présence des articles 2114 et 2118, imaginer qu'un objet mobilier peut être grevé d'hypothèque parce qu'il a fait partie d'un immeuble hypothéqué ?

D'autres ont prétendu que l'article 2119, sous la dénomination d'hypothèque, comprenait même les privilèges. Ce serait alors remettre en vigueur la règle des pays de droit écrit et des quelques coutumes d'exception, qui déclaraient les meubles susceptibles d'être affectés par privilège d'un droit de préférence, alors qu'ils ne pouvaient être l'objet d'aucun droit de suite (1).

Ici encore nous devons repousser cette doctrine ; les termes de la loi qui parle d'hypothèque et non de privilège, et la place qu'occupe notre article inséré dans un chapitre consacré aux hypothèques, nous y obligent.

Tenons donc pour certain que les meubles ne

(1) Troplong, II, n. 414.

peuvent pas être hypothéqués ; et c'est là une règle générale, qui doit s'appliquer non seulement aux meubles, qui n'ont jamais perdu leur qualité de meubles, mais encore à ceux qui l'ayant perdue par l'immobilisation, l'ont reprise dans la suite quand l'immobilisation a cessé. D'ailleurs, pour justifier cette prohibition complète d'hypothéquer les meubles, il nous suffit de faire remarquer que l'une des bases de notre régime hypothécaire est la publicité ; or comment pourrait-on organiser, d'une manière efficace, cette publicité sur les meubles qui n'ont aucune assiette fixe, et dont il est souvent difficile d'établir l'individualité ?

Maintenant que nous connaissons la véritable portée de l'article 2119, recherchons l'application qu'on en peut faire aux objets mobilisés dont il est question ; en d'autres termes, quelles conséquences peut entrainer la mobilisation des accessoires d'un immeuble hypothéqué ?

La première, c'est que les créanciers hypothécaires, par le fait de la séparation, cessent d'avoir la chose pour gage, et n'ont, par cela même, aucun droit de préférence à exercer sur le prix. Si donc les objets immobiliers, rendus à leur nature primitive de meubles, par suite de leur séparation, ont été saisis sur le débiteur et vendus par justice, ou encore s'ils ont été vendus amiablement par le dé-

tenteur de l'immeuble auquel ils étaient attachés, le paiement ou la distribution se fera sans que les créanciers hypothécaires inscrits sur l'immeuble aient à y prétendre aucun droit de préférence. La saisie, ou la vente, a eu pour objet des meubles qui, à la vérité, ont été frappés par l'hypothèque lors de leur immobilisation ; mais au jour de leur mobilisation l'hypothèque est censée n'avoir jamais existé à leur égard. C'est ce que dit notre article, en exprimant que les meubles n'ont pas de suite par hypothèque. Or il est impossible à l'hypothèque de produire plus d'effet sur le prix de l'immeuble hypothéqué, que sur cet immeuble lui-même. Cette théorie a cependant été méconnue par le tribunal de Lille et la cour de Douai. Voici ce dont il s'agissait dans l'espèce : le curateur de la succession vacante d'un brasseur vendait séparément la brasserie et les ustensiles tels que tonneaux, pressoirs et rondelles qui s'y trouvaient incorporés pour son exploitation. Cet immeuble étant hypothéqué, on ouvrit un ordre ; et la régie des contributions indirectes, créancière pour droits dus à raison de la fabrication de la bière, se présenta et prétendit avoir un privilège à exercer sur le prix de la vente des tonneaux et pressoirs ; ces objets, disait-elle, avaient été rendus par la vente à leur nature primitive et par conséquent échappaient à l'hypothèque concédée sur la brasserie. Un con-

flit s'éleva entre la brasserie et le créancier hypothécaire qui voulait exercer son droit sur le prix provenant des ustensiles, comme sur le prix de l'immeuble lui-même ; le tribunal de Lille et, après lui, la cour de Douai ordonnèrent que les créanciers hypothécaires fussent colloqués, en cette qualité, sur le prix des objets, immeubles par destination, qui avaient été mobilisés par leur vente séparée. De cette décision, le tribunal et la cour ne donnent aucun motif ; ils se contentent de résoudre la question par la question. Le pourvoi en cassation de cet arrêt fut rejeté le 4 février 1817 (1). Cependant, ne nous y trompons pas ; la Cour n'a pas entendu réserver en principe, aux créanciers hypothécaires, leur droit de préférence sur le prix de la vente des objets mobilisés ; cette décision eût été par trop contraire à la règle générale. Elle basa son arrêt sur ce que, dans l'espèce qui lui était soumise, la vente séparée de l'immeuble et des objets servant à son exploitation, avait été faite par un curateur et non par le propriétaire. Or d'après elle, cette vente, faite par un administrateur, ne pouvait détruire la destination que le propriétaire avait donnée aux objets mobiliers, pas plus qu'elle ne pouvait favoriser une catégorie de créanciers, au préjudice des droits

(1) S. 1817, 1, 359.

acquis à un autre. De ce cas spécial, déduire que la Cour aurait admis cette théorie comme règle générale, soutenir qu'elle l'appliquerait dans le cas où le propriétaire aurait opéré lui-même cette séparation, ce serait peut-être téméraire, et certaines réserves, dans les motifs de l'arrêt, permettent d'en douter.

Tout en posant le principe que les meubles ne sont pas susceptibles d'hypothèque, le Code civil, dans son article 2120, déclare qu'il n'est en rien innové aux dispositions des lois maritimes, concernant les navires et bâtiments de mer. Le Code de commerce, dans les articles 190, 191 et 192, apporta bien quelques modifications aux principes généraux de notre Code civil; mais la plus importante de toutes résulte de la loi du 10 décembre 1874 qui a été refondue dans celle du 10 juillet 1885. Cette loi organise l'hypothèque maritime qui avait été abolie par un édit de 1666. C'est là une dérogation fort importante, apportée, par le législateur, à la règle : meubles n'ont pas de suite par hypothèque, et dont nous nous contenterons d'indiquer les points principaux, ce sujet appartenant bien plus au droit commercial qu'au droit civil.

Le législateur, en autorisant l'hypothèque des navires, ne fit que céder aux réclamations du commerce maritime, jusque-là beaucoup moins favorisé que le commerce ordinaire Tandis. que ce dernier

avait à sa disposition des combinaisons multiples pour créer ou augmenter son crédit, le commerce maritime ne trouvait aucune ressource dans les navires, qui pourtant sont ses principaux éléments de richesse. Les grever d'hypothèque était impossible, en raison de leur nature mobilière ; les donner en gage, c'eût été priver le débiteur de son navire, car le gage suppose que la possession est attribuée au créancier. On avait bien imaginé dans la pratique une sorte de vente, faite par le débiteur au créancier, avec promesse de rétrocession de la part de ce dernier, lorsqu'il serait payé. Il y avait encore de graves inconvénients à ce système ; car si le prêteur pouvait dépouiller l'emprunteur de sa propriété en aliénant le navire, il était tenu du moins comme propriétaire de toutes les obligations contractées par le capitaine dans l'intérêt du navire. C'était là l'unique ressource dont les armateurs disposaient pour se procurer des capitaux. Aussi, pour remédier à cet état de choses, une réforme de la législation fut-elle demandée dans les enquêtes maritimes de 1865 et de 1870 ; sur la proposition de MM. Savoye, Grivard et Matthieu Bodet, la loi organisant l'hypothèque maritime fut votée le 10 décembre 1874. L'exception apportée par cette loi à l'article 2119 du Code civil peut se justifier assez facilement. On peut, en effet, individualiser un navire, aussi sûrement

qu'un immeuble : l'acte de francisation lui donne à la fois un état civil et une situation ; les mutations de propriété en sont constatées avec certitude ; les raisons pour lesquelles le Code civil n'admet pas l'hypothèque des meubles, disparaissent donc ici. Aussi la loi, qui ne veut en aucune façon violer le principe de la publicité des hypothèques, ne permet-elle d'hypothéquer que les navires au sens exact du mot, c'est-à-dire les embarcations destinées à flotter sur mer ; encore faut-il que ce soient des navires de vingt tonneaux et au-dessus. Cette règle, vraisemblablement, ne tardera pas à subir une modification ; car la Chambre des députés a déjà été appelée à statuer sur un projet de loi relatif au régime hypothécaire fluvial, présenté par M. Plichon. Or, les articles 9 et 11 du titre IV de ce projet de loi portent que « les bateaux de cinquante tonneaux et au-dessus, immatriculés conformément aux articles 2 et 3, sont susceptibles d'hypothèque », que « l'hypothèque est rendue publique par l'inscription sur les registres du conservateur des hypothèques fluviales du bureau où est immatriculé le bateau (1). »

Quoi qu'il en soit, la loi du 10 juillet 1885, actuellement en vigueur au sujet de l'hypothèque maritime,

(1) *Journal officiel*, 24 mai 1897. Chambre des députés, documents parlem., p. 1263

dans son article 4, nous indique que « l'hypothèque consentie sur le navire ou sur une portion de navire s'étend, à moins de conventions contraires, au corps du navire, aux agrès, apparaux, machines et autres accessoires. » Mais remarquons-le bien, les accessoires dont parle ici notre article, ce sont les choses corporelles inhérentes au navire ; il nous semble donc impossible de prétendre que l'hypothèque s'étend aux frets, non encaissés par l'armateur ou encaissés postérieurement. Evidemment, on eût pu les considérer comme des fruits civils ; mais aucune disposition formelle ne consacrant cette solution, nous ne saurions l'accepter (1). Toutefois, l'hypothèque porte sur l'indemnité qui serait allouée à titre d'avarie commune, car cette somme représente une partie du navire.

L'article 5 de notre loi ajoute qu'on peut hypothéquer un navire en construction. Ceci présente une très grande utilité, tant pour le constructeur que pour l'armateur qui fait construire. Si le constructeur travaille pour son compte, cette construction immobilise une partie de sa fortune jusqu'au jour de la vente ; s'il construit sur commande, un danger beau-

(1) Mallet : *l'Hypothèque maritime au point de vue théorique et pratique*, p. 41. Laurin : *Droit maritime*, n. 1262 bis. Lyon-Caen et Renault, *Précis de droit commercial*, II, n. 2409. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, p. 57, n. 958. M. Arthuys à son cours.

coup plus grave existe pour l'armateur. En effet, le navire construit sur commande appartient au constructeur tant qu'il n'a pas été reçu définitivement par l'armateur ; de plus, si l'armateur a fait des avances sur le prix, au fur et à mesure de la construction, jusqu'à concurrence des quatre cinquièmes, il n'est relativement à ces avances qu'un créancier ordinaire.

Supposons que le constructeur tombe en faillite, le navire sera compris dans l'actif de la faillite, et l'armateur viendra, pour ses avances, en concurrence avec les autres créanciers. Désormais, grâce à la faculté, accordée par la loi, d'hypothéquer les navires en construction, tous ces inconvénients disparaissent, et les constructeurs, ou les armateurs qui font construire, trouveront facilement les fonds dont ils peuvent avoir besoin pour terminer la construction. Mais ici, il a fallu prendre quelques précautions et donner certaines règles, permettant d'établir l'identité du navire. Pour cela, on fait une sorte de description du bâtiment. Dans une déclaration au receveur principal des douanes qui précède la construction du navire, on en indique la dimension et le tonnage présumés, la longueur de la quille, et l'emplacement qu'il occupe dans le bassin de construction. On ne mentionne pas le nom parce qu'il n'est donné qu'une fois la construction achevée et lors de la francisation du navire.

L'article 36 de la loi de 1874 permettait d'hypothéquer un navire en cours de voyage ; c'était une hypothèque éventuelle, que le capitaine était libre ou non de consentir. Avant le départ du navire, le propriétaire faisait une déclaration, à la suite de laquelle il conférait au capitaine le droit d'hypothéquer le navire, si durant la traversée il avait besoin d'argent. Mais cette hypothèque, à peu près inutile, puisque le capitaine au cours du voyage peut emprunter à la grosse, ce qui a comme conséquence d'affecter par privilège le navire au paiement de la dette, présentait de graves inconvénients. Avec la déclaration du propriétaire naissait le doute, relativement à l'existence de cette hypothèque. Le capitaine avait-il usé ou non de la faculté que lui avait concédée le propriétaire ? telle était toujours la question que les créanciers pouvaient se poser. De plus, les compagnies d'assurances étaient toujours dans l'embarras pour savoir à qui payer l'indemnité due par elles en cas de sinistre, les créanciers se trouvant subrogés de plein droit par l'effet de leur hypothèque à l'indemnité d'assurance. Aussi la loi de 1885 fit-elle droit aux réclamations des compagnies et supprima-t-elle cette hypothèque éventuelle. Toutefois, si nous supposons qu'en vertu d'un mandat spécial à lui donné, le capitaine ait hypothéqué le navire dans les termes du droit commun, et qu'une inscrip-

tion régulière ait été prise sur les registres de la douane, nous croyons que cette hypothèque serait parfaitement valable.

La loi de 1885 ne s'est pas contentée d'abolir l'hypothèque conventionnelle ; elle a encore supprimé pour le copropriétaire du navire la faculté d'hypothéquer sa part, sans le concours des autres copropriétaires. Désormais, pour qu'un des copropriétaires d'un navire puisse hypothéquer sa part, il faut qu'il y soit autorisé par la majorité des copropriétaires.

Enfin, remarquons en terminant que l'hypothèque maritime ne peut être qu'une hypothèque conventionnelle. Cette règle devait découler nécessairement du but que se proposait le législateur. Il voulait par là, nous l'avons vu, mettre un nouvel instrument de crédit entre les mains des propriétaires de navires ; or les hypothèques légales ou judiciaires auraient eu un résultat diamétralement opposé, car loin d'assurer le crédit, elles le compromettent.

Les navires peuvent donc être hypothéqués ; c'est la seule dérogation existant dans notre droit et consacrée par le législateur à la règle : meubles n'ont pas de suite par hypothèque. *Res mobilis, res vilis*, disaient les anciens jurisconsultes ; cet adage a, depuis longtemps, cessé d'être vrai. Les biens mobiliers sont de nos jours de très grands éléments de richesse ; cependant au point de vue de l'hypothèque

ils ne sont d'aucune utilité pour leur propriétaire. Seuls, en effet, sont susceptibles d'hypothèque les droits réels immobiliers, dont l'article 2118 contient l'énumération, c'est-à-dire : « Les biens immobiliers qui sont dans le commerce, et leurs accessoires réputés immeubles, l'usufruit de ces mêmes biens et accessoires pendant le temps de sa durée. »

Vu par le Président de la thèse,
G. PRÉVOT-LEYGONIE.

Vu, le Doyen,
LE COURTOIS.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :
Poitiers, le 6 mai 1898.
Le Recteur,
H. CONS.

TABLE DES MATIÈRES

CHAPITRE PREMIER

IMMEUBLES SUSCEPTIBLES D'HYPOTHÈQUE.

§ 1. — Droits d'usage et d'habitation. 4
Actions immobilières. 4
Servitudes. 8
§ 2. — Immeubles par nature. 10
Alluvion. 16
Améliorations. 19
§ 3. — Immeubles par destination. 21
§ 4. — Immeubles par détermination de la loi. 22

CHAPITRE DEUXIÈME

DE L'HYPOTHÈQUE DES PROPRIÉTÉS SUPERFICIAIRES

§ 1. — Du droit pour le preneur à bail d'hypothéquer les constructions par lui élevées sur le fonds loué. . . 27
§ 2. — De l'hypothèque des mines. 31

CHAPITRE TROISIÈME

DE L'HYPOTHÈQUE DU DROIT DE JOUISSANCE SUR LA CHOSE D'AUTRUI

§ 1. — De l'usufruit. 35
§ 2. — De l'hypothèque du droit du preneur à bail. . . 41
I. — Bail emphytéotique. 42
II. — Bail à complant. 50
III. — Bail à domaine congéable. 58

§ 3. — Droit pour les compagnies de chemins de fer d'hypothéquer les lignes qu'elles ont construites. . . . 66
§ 4. — De l'hypothèque de l'hypothèque. 72

CHAPITRE QUATRIÈME

MEUBLES N'ONT PAS DE SUITE PAR HYPOTHÈQUE. 90

Hypothèque des navires. 94

POITIERS. — SOC. FRANÇ. D'IMPR. ET DE LIBR. (OUDIN ET Cie)